

DIETRICH JESCH

DIE BINDUNG
DES ZIVILRICHTERS
AN VERWALTUNGSAKTE



VERLAG VON PALM & ENKE · ERLANGEN

1956

DIE BINDUNG DES ZIVILRICHTERS AN VERWALTUNGSAKTE

Von

Dr. DIETRICH JESCH

Wissenschaftlicher Assistent
an der Universität Tübingen



VERLAG VON PALM & ENKE · ERLANGEN

1956



Druck von Junge & Sohn, Universitäts-Buchdruckerei, Erlangen

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Abhandlung hat der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen als Dissertation vorgelegen. Dem Universitätsbund Erlangen bin ich für einen Zuschuß, der die Drucklegung ermöglichte, zu Dank verpflichtet.

Das Manuskript der Arbeit war im August 1955 abgeschlossen; nachträglich konnten nur noch einige einschlägige Entscheidungen in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Auch an dieser Stelle danke ich meinen verehrten Lehrern, Herrn Professor Dr. Pohle und Herrn Professor Dr. Bachof, die durch mancherlei Anregungen und Hinweise die Entstehung der Arbeit gefördert haben.

Tübingen, im Juli 1956

Dietrich Jesch

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	10—12
-----------------------	-------

Einleitung

1. Kapitel: Gegenstand der Untersuchung	13—17
1. Einführung — 2. Gegenstand der Untersuchung, dargestellt an praktischen Beispielen — 3. Fragestellung und Abgrenzung des Themas.	
2. Kapitel: Terminologische Vorbemerkungen	17—31
I. Begriff des Zivilrichters — II. Begriff und Einteilung der Vae — 1. Begriff des VA — 2. Einteilung der Vae — a) Fehlergrade — b) Strukturunterschiede — III. Der Begriff der Bindung — a) Auslegung, b) Präjudizialität, c) Bindung und Rechtskraft, d) objektiver Umfang der Bindung, e) subjektiver Umfang der Bindung.	
3. Kapitel: Zulässigkeit des Zivilrechtsweges und präjudizieller VA	31—40
1. Problemstellung — 2. Einkleidungslehre des RG — 3. Willkürrechtsprechung — 4. Kritik — Mißachtungslehre Böttichers und Lerches — Scharfe Trennung von Haupt- und Vorfrage — 5. Formel für die Abgrenzung — 2 Beispiele.	
4. Kapitel: Aussetzung nach § 148 ZPO	40—44
Kein Aussetzungszwang — Zulässigkeit der Aussetzung, wenn ein Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht schwebt — Keine Aussetzung, um die Rechtslage zu verändern.	
5. Kapitel: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre zum Bindungsproblem	44—52
1. Gesetzgebung — 2. Rechtsprechung — 3. Rechtslehre.	

Teil I

Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten

A. Fernwirkungen des Verwaltungsaktes

6. Kapitel: Beweiswirkung	52—58
1. Otto Mayers Lehre von der Selbstbezeugung — Die Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit aller	

Hoheitsakte — 2. Kritik an der Lehre von der Selbstbezeugung — 3. Kritik an der Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des VAes — 4. „Tatsächliche Vermutung“ für die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des VAes? — 5. Keine Rechtsvermutung für die Rechtmäßigkeit des VAes — 6. Keine Rechtsvermutung für die Wirksamkeit des VAes.

7. Kapitel: Tatbestandswirkung 58—65

1. Beispiele — 2. Unterschied zwischen den Rechtsfolgen, die an die bloße Existenz des VAes anknüpfen und den Wirkungen, die vom Inhalt des Aktes ausgehen — 3. Tatbestandswirkung ist keine Bindungswirkung — 4. Wirksamkeit und Wirkungen — 5. Kormanns Lehre von der Tatbestandswirkung — 6. Verwechslung zwischen Tatbestands- und Gestaltungswirkung — 7. Unterscheidung von Existenz des Aktes, den Wirkungen, die von seinem Inhalt ausgehen, und Verbindlichkeit des Aktes für den Richter.

8. Kapitel: Feststellungswirkung 65—69

1. Begriff der Feststellungswirkung im Zivilprozeß —
2. Begriff der Feststellungswirkung im Verwaltungsrecht —
3. Kormanns Lehre von der Feststellungswirkung —
4. Praktische Bedeutung einer „Feststellungswirkung“.

9. Kapitel: Materielle Rechtskraft 69—93

1. Unwiderstehlichkeit und Rechtskraft — 2. Begriffsbestimmung — 3. Keine Beschränkung der Rechtskraftwirkung auf den Bereich eines einzelnen Gerichts- bzw. Behördenzweiges — 4. Fehlende gesetzliche Regelung — 5. Logik und Rechtskraft (Binding) — 6. Rechtskraft als Eigenschaft aller Staatsakte (Wiener Schule, Merkl) — 7. Autorität des Richterspruches und Rechtskraft — 8. Vermutung der Rechtmäßigkeit der Staatsakte und Rechtskraft (Krusch) — 9. Rechtsprechung und Rechtskraft (Bernatzik) — 10. Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Steuerrecht — 11. Verfahren und Rechtskraft — 12. Prozeßzwecke: Gerechte Entscheidung und Friedenswahrung — Rechtskraftwirkung dient der Friedenswahrung; gerechtfertigt aber nur, wenn das Verfahren Garantien für richtige Entscheidung bietet — 13. Voraussetzung für materielle Rechtskraft von Verwaltungsakten: Gerichtsförmiges Verfahren — 14. Nachmals: Rechtskraft und Rechtsprechung — 15. Beispiele für materiell rechtskräftige VAe.

10. Kapitel: Gestaltungswirkung 93—106

1. Problemstellung — 2. Ablehnung einer körperweltlichen Vorstellung — 3. Eigengesetzlichkeit der Rechtswelt gegenüber der Welt der Tatsachen — 4. Relativ wirkende Gestaltungsakte — 5. Relative Wirkung zivilprozessualer Gestaltungsurteile (Krusch, Goldschmidt) — 6. Relative Wirkung verwaltungsgerichtlicher Gestaltungsurteile — 7. Bindung des Richters an das Recht — Anerkennung der Gestaltung im Bereich der Verwaltung auch im Bereich des Gerichtes auf Grund der Gestaltungswirkung? — 8. Wirksamkeit und Verbindlichkeit.

B. Beziehungen zwischen Zivil- gerichtsbarkeit und Verwaltung

11. Kapitel: Lösungsversuch aus der Stellung der
Rechtsprechung zur Verwaltung im Staat 106—108
1. Bisheriges Ergebnis — 2. Bindung als Anerkennungsproblem — Lösung abhängig von den Beziehungen zwischen
Rechtsprechung und Verwaltung innerhalb einer bestimmten
verfassungsrechtlichen Lage — 3. Gang der folgenden
Untersuchung.
12. Kapitel: Das Wesen von Rechtsprechung und Ver-
waltung 108—115
1. Rechtsprechung — Verwaltung — 2. Unterscheidung des
Grundgesetzes — 3. Innen- und Außenfunktion der Verwal-
tung — 4. Das Wesen der Verwaltung — 5. Das Wesen der
Rechtsprechung — 6. Verwaltung ist handelnde Staatsgewalt
— Rechtsprechung dient der Erhaltung und Bewahrung des
Rechts — 7. Es besteht keine Bindung an feststellende Ver-
waltungsakte mit Ausnahme der materiell-rechtkräftigen
13. Kapitel: Die Stellung der Rechtsprechung gegen-
über der Verwaltung nach dem Gewaltenteilungs-
prinzip des Grundgesetzes 115—121
1. Gewaltenteilung im Grundgesetz — 2. Montesquieu: Frei-
heitssicherung durch gegenseitige Kontrolle der Staatsgewal-
ten — 3. Drei Hauptformen der Gewaltenteilung — 4. Gewal-
tenteilung des Grundgesetzes im Sinne einer Gewaltkon-
trolle.
14. Kapitel: Inzidentkontrolle 121—130
1. Inzidentkontrolle durch Nichtigerklärung des VAes —
2. Die Ausweitung der Nichtigkeitssgründe nach 1945 —
3. Die Kategorie der nichtigen VAe ist nicht unabänderlich
fest umgrenzt, sondern abhängig von Staatsform und Rechts-
schutz — 4. Kontrollzuständigkeit primär bei den Verwal-
tungsgerichten — 5. Für die Beibehaltung der Nichtigkeits-
kategorie — 6. Der Zivilrichter ist an gestaltende VAe ge-
bunden, soweit sie nicht nichtig sind.

Teil II

Öffentlich-rechtliche Streitig- keiten

15. Kapitel 130—141
1. Administrativer Vorbescheid bei bürgerlich-rechtlichen
Streitigkeiten — 2. Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung —
3. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 des Grundgesetzes — 4. Sonstige
Zuweisungssachen — 5. Präjudizielle VAe — Vermögens-

rechtliche Ansprüche der Beamten — Keine Bindung an präjudizielle VAe — 6. Rechtmäßigkeit des VAes als Anknüpfungspunkt.

Teil III

Amtshaftungsklage

16. Kapitel 141—148

1. Begründung für gesonderte Behandlung — 2. Aufhebung des VAes im Amtshaftungsprozeß (Heidenhain) — 3. Überprüfbarkeit nur auf Nichtigkeit oder auf jede Rechtswidrigkeit? — Rechtsprechung des RG und BGH — 4. Da die Rechtmäßigkeit des VAes Anknüpfungspunkt ist, kann der Zivilrichter jede rechtswidrige Amtshandlung als Amtspflichtverletzung ansehen; ein Bindungsproblem besteht hier überhaupt nicht.

Ergebnisse der Arbeit

17. Kapitel 148—151

I. Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte — II. Lösung der Beispielsfälle von S. 14—16

Schrifttumsverzeichnis 152—160

Abkürzungen

a. a. O.	am angeführten Ort
ABl	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AHK	Alliierte Hohe Kommission
AHKABl	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission
AHKG	Gesetz der Alliierten Hohen Kommission
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AVO	Ausführungsverordnung
ArchRuSozPh	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebsberater
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 14. 7. 1953
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVerwGG	Bundesverwaltungsgerichtsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DBG	Deutsches Beamtengesetz vom 26. 1. 1937
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DOG	Deutsches Obergericht
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVBt	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
FischersZ	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht
GBI	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949

GrünhZ	Grünhuts Zeitschrift (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut), Wien
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
HChE	Herrenchiemsee Entwurf (Verfassungsausschuß der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948 — München 1948)
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JB1	Juristische Blätter, Wien
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG (West)	Kammergericht in Westberlin
LG	Landgericht
LM	Lindenmayer-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MilReg	Militärregierung
MRVO 165	Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
N	Note, Anmerkung
N. F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAO	Reichsabgabenordnung
RegBl	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGB1	Reichsgesetzblatt
RheinZ	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
RuPrVB1	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtsweg
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SGG	Sozialgerichtsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

VA	Verwaltungsakt
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern Bayern, Bremen, Hessen, Württemberg-Baden
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VOBl	Verordnungsblatt
VRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von Ziegler
VRW	Verwaltungsrechtsweg
VVDStL	Veröffentlichung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Otto Warneyer
WiGBI	Gesetzblatt für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
zit.	zitiert unter
ZJBtBrZ	Zentraljustizblatt für die britische Zone
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRW	Zivilrechtsweg
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

1. Kapitel

Gegenstand der Untersuchung

1. In den vergangenen Jahren waren die Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung in besonderem Maße Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung. Dafür waren verschiedene Gründe maßgebend. Die Zeit des Nationalsozialismus hatte allen deutlich vor Augen geführt, daß der Staatsbürger eines Schutzes gegenüber der Allmacht des Staates bedarf. In der Suche nach Kontrolle und Korrektur von unrechtmäßigen Eingriffen staatlicher Behörden in die Freiheitssphäre des Bürgers erhoffte man Schutz und Hilfe von der traditionellen Rechtsschutzinstitution: der Justiz, oder genauer gesagt, den ordentlichen Gerichten. Dies hat dann schließlich seinen Niederschlag in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes gefunden. Dieses formelle Hauptgrundrecht (*Klein*¹⁾) garantiert dem Bürger als letztes Bollwerk gegen Übergriffe der Staatsgewalt den Weg zu den ordentlichen Gerichten. Freilich muß man sich bewußt sein, daß auch der vollkommenste Rechtsschutz von Wert nur im Rechtsstaat ist; denn die Erfahrung lehrt uns, daß im totalitären Staat die ordentlichen Gerichte genau so zum Sprecher der Willkür werden können wie die Verwaltung. Nicht die Eröffnung eines Rechtsweges kennzeichnet einen Staat als Rechtsstaat — allenfalls als Rechtswegstaat (*Jahrreiß*²⁾) —, sondern der Geist, der alle Staatsorgane erfüllt.

Noch aus einem anderen Grund wurde man in letzter Zeit auf das Verhältnis der Justiz zur Verwaltung aufmerksam. Die Not nicht nur der Kriegs-, sondern auch gerade der Nachkriegsjahre brachte es mit sich, daß die Verwaltung in ganz ungewöhnlichem Ausmaß in das Leben des Bürgers eingriff — und eingreifen mußte. Als Beispiel sei die Wohnungszwangswirtschaft erwähnt, durch die das private Mietrecht lange Zeit ganz im Schatten der hoheitlichen Zuweisung stand. Ferner sei noch an die umfangreichen Beschlagnahmen von Kraftfahrzeugen in den ersten Nachkriegsjahren erinnert. An die Stelle freier vertraglicher Verein-

1) VVDStL Heft 8 S. 67 ff. (88)

2) Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S. 26 ff. (33)

barung trat weitgehend der hoheitliche Befehl. Notwendigerweise spielten daher im Zivilprozeß mehr und mehr öffentlich-rechtliche Fragen eine Rolle. Und damit stand der Zivilrichter vor dem Problem, dem unsere Untersuchung gewidmet ist: Wie habe ich mich als Richter gegenüber einem Verwaltungsakt (VA) zu verhalten, den ich für fehlerhaft halte? Darf ich ihn ignorieren, da er gegen das Recht verstößt und ich verpflichtet bin, das Recht zu verwirklichen? Oder bin ich trotzdem an ihn gebunden?

Und noch ein Drittes trug dazu bei, daß in der wissenschaftlichen Diskussion die Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung ein immer breiteres Feld einnahmen. Nach dem zweiten Weltkrieg wurden in Westdeutschland überall Verwaltungsgerichte errichtet, die mit ganz geringen Ausnahmen Rechtsschutz gegen jeden Akt der Verwaltung gewährleisteten. Hierdurch mußte sich die Frage nach der Verbindlichkeit von VAen für die Zivilgerichte neu stellen. Denn solange kein umfassender Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Verwaltungsbehörden gegeben war, lag es nahe, daß der Zivilrichter in seinem Bemühen um eine gerechte Entscheidung versuchte, die Wirkungen, die ein fehlerhafter VA bestimmungsgemäß im bürgerlich-rechtlichen Bereich haben sollte, einzuschränken, d. h. wenn nötig auch eine Bindung an VAe zu leugnen. Bei einer verwaltungsgerichtlichen Generalklausel konnte dieser Gedanke eines von den Zivilgerichten wenigstens teilweise gewährten Rechtsschutzes keine Rolle mehr spielen.

2. Die Anzahl der in den Nachkriegsjahren zu der Frage der Bindung des Zivilrichters an Akte der Verwaltung veröffentlichten Entscheidungen und wissenschaftlichen Untersuchungen ist nahezu erdrückend. Aufgabe und Ziel dieser Arbeit mußte es sein, zu versuchen, die Grundlagen zu erforschen, auf denen eine Lösung des Problems ruht. Wenn demgegenüber die Erörterung einzelner Fälle in den Hintergrund zu treten hatte, so soll doch Gegenstand und Umfang der Untersuchung durch praktische Fälle deutlich gemacht werden.

a) Der Kraftwagen des Klägers ist durch die Straßenverkehrsdirektion nach dem Reichsleistungsgesetz „zur Verfügung“ in Anspruch genommen und dem Beklagten zugewiesen worden. Der Kläger klagt auf Herausgabe, da — und dies ist auch die Meinung des Gerichts — eine Inanspruchnahme „zur Benutzung“ ausgereicht hätte. Ist der Zivilrechtsweg (ZRW) zulässig? Darf das Gericht antragsgemäß entscheiden?

b) Die Beklagten wurden vom Wohnungsamt eingewiesen. Vom Sozialamt der Stadt wurden ihnen Möbel zugewiesen, die aus der Wohnung des abwesenden Klägers entnommen wurden. Eine formelle Beschlagnahme und eine rechtliche Begründung fehlten. Der

Kläger verlangt Herausgabe, da das Sozialamt nicht befugt gewesen sei, über die Möbel zu verfügen. Wie wird das Zivilgericht entscheiden?

c) Der Beklagte war nach Vollstreckung eines Räumungsurteils wiederum in die Wohnung des Klägers durch das Wohnungsamt eingewiesen worden. Der Kläger klagt auf Räumung, da die Wiedereinweisung gesetzwidrig gewesen sei. Der Beklagte wendet ein, über die Gesetzwidrigkeit der Einweisung habe nicht das Zivilgericht, sondern das Verwaltungsgericht zu entscheiden, der ZRW sei daher unzulässig. Außerdem sei das Zivilgericht an den einmal vorhandenen Akt gebunden. Wie ist zu entscheiden?

d) Beim Kläger wurde ein Kraftwagen ohne schriftliche Verfügung durch das Polizeiamt der Stadt beschlagnahmt. Seitdem benutzt die Polizeibehörde den Wagen. Der Kläger klagt gegen die Stadt auf Herausgabe. Ist der ZRW zulässig? Ist die Klage begründet?

e) Dem Antragsteller wird mündlich von einem Angestellten des Wohnungsamtes angedroht, daß seine Wohnung mit Gewalt geräumt würde, wenn er nicht binnen drei Tagen ausgezogen sei. Er wendet sich an das AG und beantragt, durch eine einstweilige Verfügung dem Wohnungsamt zu untersagen, den Antragsteller mit Gewalt aus seiner Wohnung zu entfernen. Der Amtsrichter hält mit Recht die Androhung für einen nichtigen Verwaltungsakt. Darf er die einstweilige Verfügung erlassen?

f) Dem Beklagten wurden vom Wohnungsamt Räume im Hause des Klägers zugeteilt. Gegen dessen Protest nahm er die Räume eigenmächtig in Besitz. Der Kläger bestreitet nicht, daß die Verfügung des Wohnungsamtes in Ordnung ist. Er verlangt jedoch Räumung und stützt sein Verlangen auf §§ 858, 861 BGB. Wird seine Klage Erfolg haben?

g) Das Gericht ist der Meinung, daß die Einbürgerung eines Ausländers nicht hätte vorgenommen werden dürfen, da die Voraussetzungen des § 8 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes nicht vorgelegen hätten. Darf das Gericht die Partei als Ausländer behandeln?

h) Der Kläger erhebt gegen den Beklagten Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004 BGB) und verlangt, den Beklagten zu verurteilen, die Benutzung eines über das Grundstück des Klägers führenden Weges zu unterlassen. Der Beklagte wendet ein, der betreffende Weg sei ein öffentlicher Weg, die zuständige Verwaltungsbehörde habe dies ausdrücklich in einer Entscheidung festgestellt. Der Kläger behauptet, diese Entscheidung sei falsch, und verlangt, das Gericht solle selbst entscheiden, ob der betreffende Weg ein öffentlicher sei. Darf das Gericht dem nachkommen?

i) A bestellt bei B ein Erbbaurecht an seinem Grundstück. Die Preisbehörde beanstandet den vereinbarten Erbbauzins und bezeichnet nur einen niedrigeren auf Grund einer preisrechtlichen VO als zulässig. B erhebt gegen A Klage auf Erteilung des Einverständnisses zu dem von der Preisbehörde genannten Zins. Der Beklagte und auch das Gericht sind der Meinung, daß die VO auf den gegebenen Fall keine Anwendung findet. Ist das Gericht befugt, die Beanstandung der Preisbehörde zu ignorieren?

k) Das Gericht ist der Meinung, ein Vertrag sei, weil er unter ein Devisengesetz falle, ohne Genehmigung der Bank Deutscher Länder schwebend unwirksam. Eine Partei legt eine Bescheinigung dieser Bank vor, wonach das bezeichnete Rechtsgeschäft nicht unter die Sperrvorschriften des Devisenrechts falle. Das Gericht ist anderer Ansicht. Darf es die Klage aus dem Vertrag abweisen, weil der Vertrag mangels Genehmigung schwebend unwirksam sei?

l) In einem Land, in dem die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind, verlangt der Kläger Verurteilung des Landes zur Weiterzahlung seiner Bezüge. Das Land wendet ein, daß der Kläger aus dem Dienst des Landes entlassen sei. Der Kläger gibt zu, daß die Entlassung zwar nicht nichtig sei, jedoch behauptet er, sie sei rechtswidrig und er habe daher weiterhin Anspruch auf sein Gehalt. Wie entscheidet das Gericht, wenn es die Entlassung auch als unrechtmäßig, jedoch nicht als nichtig ansieht?

m) A bewohnte vor 1945 mietweise eine Wohnung. Das Anwesen wurde dann von der Besatzungsmacht beschlagnahmt. A wohnt seitdem mit seiner Familie in einer Baracke. Die Besatzungsmacht gibt später das Haus frei. Das Wohnungsamt weist jedoch trotz entsprechenden Antrages nicht A, sondern B in die früher von A bewohnten Räume ein. Es ist unstreitig, daß A dadurch, daß er nicht nach Freigabe des Hauses in seine alte Wohnung einziehen konnte, einen schweren gesundheitlichen Schaden erlitten hat. Er klagt daher auf Schadenersatz aus § 839 BGB, Art. 34 GG. Die beklagte Stadt macht demgegenüber geltend, daß der betreffende VA des Wohnungsamtes zwar fehlerhaft, jedoch nicht nichtig gewesen sei. In einem solchen Fall sei das Zivilgericht nicht befugt, Maßnahmen von Verwaltungsbehörden nachzuprüfen, die Klage müsse daher abgewiesen werden. Wie ist zu entscheiden?

3. Diese Abhandlung betrifft einen Ausschnitt aus den großen Problemkreisen Privates und Öffentliches Recht, Justiz und Verwaltung, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Wir beschränken unsere Untersuchung aber allein auf die Frage, wie sich der Zivil-

richter zu verhalten hat, wenn ein Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde, der für die Entscheidung eines Zivilprozesses von Bedeutung ist, bereits ergangen ist. Das damit gestellte Bindungsproblem scheint, wie die Beispiele zeigen, mit der Frage der Zulässigkeit des Zivilrechtsweges (ZRW) in Beziehung zu stehen. Ebenso spielt die allgemeine Frage nach der Kompetenz der Zivilgerichte zur Entscheidung öffentlich-rechtlicher Vorfragen für unser Thema offensichtlich eine Rolle. Ehe wir uns mit dem Bindungsproblem selbst befassen können, ist es daher erforderlich, nach einigen terminologischen Vorbemerkungen unser Thema klar von diesen anderen Problemstellungen abzugrenzen. Wir werden daran anschließend bei der Behandlung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die allgemeinen Fragen, die durch den Gegenstand unserer Untersuchung aufgeworfen sind, einer Prüfung unterziehen. Die Bindung an VAe innerhalb öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten und bei Amtshaftungsklagen soll danach dargestellt werden. Am Schluß findet sich eine kurze Zusammenfassung der Ergebnisse sowie eine stichwortartige Lösung der oben mitgeteilten praktischen Fälle.

2. Kapitel

Terminologische Vorbemerkungen

I. Der Begriff des Zivilrichters

Zivilrichter ist der Richter der Zivilgerichtsbarkeit. Diese umfaßt die gesamte Tätigkeit der sogenannten ordentlichen Gerichte mit Ausnahme der Strafgerichtsbarkeit und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nicht zur Zivilgerichtsbarkeit im hier verwendeten Sinne zählt — außer der Verfassungs-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit — die Arbeitsgerichtsbarkeit. Als Zivilgericht ist aber andererseits auch die Kammer für Baulandsachen¹⁾ anzusehen, und die Richter der Verwaltungsgerichte sind während ihrer Tätigkeit bei dieser Kammer Zivilrichter im Sinne unserer Abhandlung. Ferner ist immer dann der Zivilrichter gemeint, wenn das Gesetz den „ordentlichen Rechtsweg“ eröffnet, wie z. B. in Art. 19 Abs. 4 Satz 2 und in Art. 34 GG.

II. Begriff und Einteilung der Verwaltungsakte

1. Der Begriff des Verwaltungsaktes

Die VO 165 der Britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone²⁾ enthält in § 25

1) § 35 des Baulandbeschaffungsgesetzes vom 3. 8. 1953 (BGBl. I S. 720). Die Verfassungsmäßigkeit der Baulandkammern und -senate war umstritten; auf den Vorlagebeschluß des OLG Bremen, JZ 1955 S. 754 und des LG Hamburg, MDR 1955 S. 498 BVerfGE 4, 387.

2) ABl der MilReg. 1948 Nr. 24 S. 799.

Abs. 1 eine Legaldefinition des VAes. Diese soll jedoch unserer Arbeit nicht zugrundegelegt werden. Das erscheint schon dadurch gerechtfertigt, daß die süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze und das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz keine Legaldefinition kennen³⁾ und auch der Entwurf einer Bundesverwaltungsgerichtsordnung keine vorsieht. Als VA soll das gelten, was Lehre und Rechtsprechung des Verwaltungsrechts darunter verstehen, ohne daß wir auf einzelne Abgrenzungsprobleme eingehen können. Dabei erscheint die Definition von *Forsthoff*⁴⁾ am exaktesten, sie soll daher in unserer Arbeit verwandt werden. Hiernach sind VAe „alle einseitigen, hoheitlichen Akte der Verwaltungsbehörden, von welchen eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht“, soweit sie auf einen besonderen, konkreten Einzelfall gerichtet sind⁵⁾.

Auszuscheiden aus dem Begriff des VAes sind somit a) die verwaltungsgerichtlichen Urteile, und zwar schon deshalb, weil die Verwaltungsgerichte keine Verwaltungsbehörden sind, sondern zur Rechtsprechung, also zur 3. und nicht zur 2. Gewalt gehören⁶⁾; b) die Verordnungen, da sie als Rechtssätze generelle Regelungen enthalten⁷⁾; c) die öffentlich-rechtlichen Verträge, da es sich hier nicht um einen einseitigen Ausspruch einer Behörde handelt, und d) alles fiskalische Handeln, wobei die Abgrenzung gegenüber dem Hoheitsakt im Einzelfall äußerst problematisch sein kann⁸⁾.

Zu den VAen zählen auch die von *Forsthoff*⁹⁾ als „mitwirkungsbedürftig“ bezeichneten VAe¹⁰⁾, das sind VAe, die nur auf Antrag

3) Zum Begriff des VAes in der MRVO 165 und im VGG vgl. *Bachof*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit. Vornahmeklage), S. 21 ff. u. 34 ff. — Vgl. zum Begriff des VAes in Lehre und Rechtsprechung auch die Nachweise bei *Menger*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit. System), S. 98 ff.

4) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, 3. Auflage, München 1953 (zit. Verwaltungsrecht), S. 165 ff.

5) Die Unterscheidung *Mengers* a. a. O. S. 102 ff., zwischen formellem und materiellem VA ist für unsere Untersuchung weniger von Bedeutung, da eine Bindung im echten Sinne immer nur an materielle VAe in Frage kommt. — Ein rein formeller Begriff des VAes, wonach jede von Verwaltungsorganen vorgenommene Handlung als VA anzusprechen wäre (so z. B. *Meyer-Dochow*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, München 1913, S. 5, 44), ist schon seit Jahrzehnten nicht mehr gebräuchlich.

6) Art. 92, 96 GG.

7) v. *Turegg* hatte in der 1. Auflage seines Lehrbuches des Verwaltungsrechts (S. 106 f., 145, 267) vorgeschlagen, die DVO zu den VAen zu rechnen, in der 2. Auflage, Berlin 1954 (zit. Verwaltungsrecht) hat er sich jedoch der h. M. angeschlossen (vgl. S. 114 f.), die unter VAen nur die Regelung eines konkreten Einzelfalles versteht.

8) Vgl. *Bachof*, DÖV 1953, S. 417 ff.; *Siebert*, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215 ff.

9) a. a. O. S. 174 ff.

10) W. *Jellinek*, Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe zur Feier des 50jähr. Bestehens des Preußischen OVG,

oder Einwilligung in sonstiger Form erlassen werden dürfen. Da es nicht darauf ankommt, ob der Adressat des VAes konkret oder abstrakt bestimmt ist, sind auch die Allgemeinverfügungen VAe, auch wenn die von ihnen Angesprochenen nach generellen, sachlichen Merkmalen bestimmt sind, sofern es sich nur um die Regelung eines bestimmten, einmaligen konkreten Falles handelt¹¹⁾.

Auch die sogenannten tatsächlichen VAe gehören hierher¹²⁾ — z. B. eine Absperrung — sofern von der tatsächlichen Handlung eine unmittelbare rechtliche Wirkung ausgeht¹³⁾, die im allgemeinen in einem Duldungsbefehl bestehen wird. Ob die sogenannten Regierungsakte zu den VAen zu rechnen sind, ist umstritten¹⁴⁾. Dabei ist anzuerkennen, daß man bei einer Analyse des Wesens der verschiedenartigen Staatstätigkeiten den Bereich der Regierung von dem der Verwaltung im engeren Sinn trennen muß¹⁵⁾.

S. 84 ff.; Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1931, S. 249 ff., hatte den Ausdruck zweiseitiger VA vorgeschlagen, diese Bezeichnung ist jedoch irreführend, da der einseitige Ausspruch zum Wesen des VAes gehört (vgl. *Forsthoff*, a. a. O. S. 176).

11) *Forsthoff*, a. a. O. S. 168 f.; vgl. auch DOG, NJW 1951, S. 71.

12) W. *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 258; *Bachof*, Vornahmeklage, S. 21.

13) Hier zeigt sich, daß die am Urteil orientierte Definition des VAes, die auf *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 1924, 1. Bd., S. 93, zurückgeht, wonach ein VA Ausspruch sei, der bestimme, was für den Einzelnen „rechtens sein soll“, unvollkommen ist; denn es ist nicht entscheidend, ob die Behörde einen Rechtsspruch fällen wollte, sondern welche Wirkungen ihr Handeln auf den Einzelnen hat. Daher ist auch die Auffassung des VAes als Willensäußerung (so W. *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 246 und ähnlich schon *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928, S. 183) verfehlt (dagegen mit Recht *Andersen*, Ungültige Verwaltungsakte, Mannheim 1927, S. 9 ff. und *Forsthoff*, a. a. O. S. 171), denn es kommt nicht darauf an, was die Behörde will, sondern was das Ergebnis ihres Tuns ist. Anders beim privatrechtlichen Rechtsgeschäft. Schon deshalb ist der Begriff des „rechtsgeschäftlichen“ VAes (er stammt von *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, zit. System) abzulehnen; er verleitet außerdem dazu, die für das Rechtsgeschäft des Privatrechts entwickelten Regeln (die weitgehend am synallagmatischen Vertrag orientiert sind) unbesehen auf den VA zu übertragen (vgl. hierzu *Ernst v. Hippel*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1931 (Neudruck), zit. Staatsakt, S. 22). — Das OLG Köln hat in einem Urteil vom 19. 11. 1951, JZ 1952 S. 221 ff. mit Anm. *Walz* = DVBl 1952 S. 309 m. Anm. *Bettermann* = DÖV 1952 S. 284 m. Anm. *Klein*, das Vorliegen eines VAes mit der Begründung verneint, daß es sich nicht um die Regelung eines Einzelfalles gehandelt habe. Auch das ist eine unzutreffende Einengung; selbst wenn keine bewußte Regelung einer Sache beabsichtigt war, so liegt dennoch ein VA vor, wenn der behördliche Akt einen konkreten Einzelfall betrifft und unmittelbare rechtliche Wirkungen äußert.

14) Vgl. an neueren Abhandlungen *Hans Schneider*, Gerichtsfreie Hoheitsakte Tübingen 1951; *Loening*, DVBl 1951 S. 233 ff.; *Herbert Krüger*, DÖV 1950 S. 236 ff.; *van Husen*, DVBl 1953 S. 70 ff.

15) Vgl. statt aller *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff.

Der Begriff des VAes hat sich jedoch auf Grund der umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Garantie des absoluten Rechtsschutzes gegenüber staatlichen Eingriffen (Art. 19 Abs. 4 GG) von der Bezeichnung für Maßnahmen der Verwaltungsbehörden zu einem terminus technicus des Prozeßrechts gewandelt. Da die Verwaltungsgerichtsbarkeit dem Rechtsschutz des Individuums gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt dient, ist sie die umfassende Kontrollinstanz gegenüber der 2. Gewalt. Da zu dieser aber sowohl Regierung wie Verwaltung gehören, umfaßt der Begriff des VAes auch den Regierungsakt, soweit er nicht unter die Verfassungsgerichtsbarkeit fällt¹⁶⁾.

2. Einteilung der Verwaltungsakte

Solche Akte oder Handlungen, die nicht unter den Begriff des VAes fallen, nennen wir *Nichtakte*¹⁷⁾; hierzu gehören z. B. alle vertraglichen Abmachungen, generellen Regelungen und insbesondere diejenigen Akte, die nur scheinbar von einer Staatsbehörde erlassen wurden; Maßnahmen eines „Hauptmannes von Köpenick“ sind keine nichtigen VAe, es sind überhaupt keine VAe, also Nichtakte.

Die VAe können nach den verschiedensten Gesichtspunkten eingeteilt werden. Die Art der Gruppierung wird dabei abhängig von dem damit verbundenen Zweck sein müssen. Unsere Untersuchung erfordert eine Aufgliederung nach der Art der rechtlichen Fehlerhaftigkeit, sowie eine Unterscheidung nach der rechtlichen Struktur der VAe.

16) *Bachof*, Vornahmeklage, S. 25 f.; für Justiziabilität neuerdings auch *Ernst Rudolf Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 1954, 2. Bd. S. 656 f. — Wie *Bachof* a. a. O. hervorhebt, ist damit nicht jeder Regierungsakt anfechtbar, nämlich dann nicht, wenn ihm die Merkmale eines VAes — abgesehen davon, daß er nicht von der Verwaltung im engeren Sinne, sondern von der Regierung erlassen wurde! — fehlen. Das gilt z. B. für den Gnadenakt, da Gnade und Recht zweierlei ist. Sehr zweifelhaft ist es allerdings, ob es sich noch wirklich um Gnadenakte handelt, wenn die Bedingungen für einen Gnadenerweis rechtlich normiert sind und der Vollzug einer solchen Gnadenordnung unteren Dienststellen, unter Umständen mit Beschwerdemöglichkeit zur vorgesetzten Behörde, anvertraut ist. — Abzulehnen ist die Ansicht des OLG Köln (s. o. N. 13 a. E.), daß für Regierungsakte die Verwaltungsgerichte nicht zuständig und daher nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen sind. — Soweit ersichtlich hat seit Bestehen der Generalklausel noch kein Verwaltungsgericht eine Klage als unzulässig mit der Begründung abgewiesen, daß ein Regierungsakt angefochten sei. Die Anfechtbarkeit eines Regierungsaktes hat bejaht das OVG Berlin, DÖV 1953, S. 572 ff.

17) Ebenso *Hans J. Wolff*, MDR 1951, S. 523 ff. (527).

a) Fehlergrade:

Unter den Verwaltungsakten stehen sich die *rechtmäßigen*¹⁸⁾ und die *rechtswidrigen* gegenüber. Anstatt von rechtswidrig wird meist die Bezeichnung fehlerhaft verwendet, sachlich ist aber das gleiche gemeint. Eine Unterart des fehlerhaften VAes ist der *nichtige* oder *unwirksame*¹⁹⁾ VA. Nichtigkeit des VAes ist der stärkste Fehlergrad, für die übrigen fehlerhaften VAe fehlt eine eindeutige Bezeichnung²⁰⁾. Vielfach spricht man hier von anfechtbar, jedoch ist das im Grund ein rein prozessualer Ausdruck. Außerdem ist auch ein nichtiger Akt anfechtbar, und kein Verwaltungsgericht wird jetzt²¹⁾ eine Klage deshalb als unzulässig abweisen, weil sich im Verfahren herausstellt, daß der VA an einem Mangel leidet, der eine Einordnung des Aktes in die Kategorie der Nichtigkeit erfordert. Auch der Ausdruck aufhebbar, der den Widerruf umfassen soll²²⁾, ist nicht zu empfehlen; denn unter Umständen können auch rechtmäßige Akte widerrufen werden. Auch vernichtbar²³⁾ ist keine passende Bezeichnung; denn vernichtbar ist der fehlerhafte VA nur bis zum Ablauf der Fristen für die Rechtsbehelfe des Verwaltungsprozesses. Die Rechtswidrigkeit des Aktes bleibt jedoch fortbestehen, die Fehlerhaftigkeit wird nicht etwa geheilt²⁴⁾. Das zeigt sich u. a. ganz deutlich im Amtshaftungsprozeß.

18) Der Ausdruck „gültig“ wird hier vermieden, da er einmal im Sinne von Fehlerfreiheit (*O. Mayer* a. a. O. S. 95; *Kormann*, System, S. 204; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 262), von anderen aber im Sinne von wirksam (*Bötticher*, Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin, 1930 — zit. Rechtskraft — S. 6; *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 389) verwendet wird. Vgl. für die Begriffe im Zivilprozeß *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950, S. 91 f.

19) Nichtig und unwirksam sind synonym. — *Hans Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin, 1949, S. 165 ff., versteht unter Abweichung von der sonst üblichen Terminologie unter unwirksam solche VAe, die noch wirksam werden können, z. B. durch nachträgliche Genehmigung, Bestätigung usw. Als Hauptbeispiel nennt er den mitwirkungsbedürftigen (zweiseitigen) VA, bei dem der Antrag fehlt. Peters versteht damit unter unwirksam etwa das gleiche, was man im bürgerlichen Recht mit ‚schwebend unwirksam‘ bezeichnet. Diese Unterscheidung zwischen nichtig und unwirksam bleibt hier außer Betracht.

20) Vgl. statt aller *Forsthoff*, a. a. O. S. 186 f.

21) Die Praxis war früher geteilt. So hat das Preußische OVG zum Teil die Anfechtungsklage gegen einen nichtigen VA als unzulässig abgewiesen (vgl. PrVB1 Bd. 7 S. 139), zum Teil aber auch ausdrücklich zugelassen (vgl. OVG 31, 428; ferner 98, 84). — Vgl. auch *Menger*, System, S. 187 ff.

22) *Forsthoff*, a. a. O. S. 187.

23) Für diesen Ausdruck setzt sich neuerdings *Hans J. Wolff*, MDR 1951 S. 523 ein. — *Huber*, a. a. O. S. 665, faßt Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit unter Vernichtbarkeit zusammen, damit ist die Terminologie nun gänzlich unklar.

24) So aber *Huber*, a. a. O. Bd. 2 S. 665; *Zschacke*, NJW 1954 S. 414. *Huber* muß aber selbst einräumen, daß die Behörde den Akt (weil er fehlerhaft war?) widerrufen kann (S. 666) und daß eine Amtshaftungsklage auf einen

Mangels einer eindeutigen Bezeichnung müssen die Akte, die nicht nichtig, jedoch rechtswidrig sind, als *fehlerhaft, aber nicht nichtig*, bezeichnet werden.

Wenn der nichtige Akt auch zuweilen unwirksam genannt wird, so bedeutet das nicht, daß er keine Wirkungen auslösen könnte. Auch hier ist wieder auf die Amtshaftung zu verweisen. Das Merkmal des nichtigen VAes besteht vielmehr darin, daß er die mit seinem Erlaß beabsichtigten Wirkungen nicht äußern kann. Nur so ist es zu verstehen, wenn man ihn als rechtlich irrelevant, als juristisches Nichts charakterisiert²⁵⁾. Der Gegensatz des nichtigen ist der wirksame VA. Er bringt die seiner Bestimmung gemäßen Wirkungen hervor²⁶⁾. Wirksam sind alle rechtmäßigen Akte und die rechtswidrigen, die nicht nichtig sind. Nur der nichtige VA ist unwirksam, alle anderen Akte, einschließlich der sonstigen fehlerhaften, sind wirksam.

Nichtig (unwirksam) ist damit einmal die Bezeichnung für einen Fehlergrad, zum anderen aber auch der Gegensatz zu wirksam.

b) Strukturunterschiede:

Alle Tätigkeit der Verwaltung muß am Recht orientiert sein²⁷⁾. Wenn die Behörde einen VA erlassen und damit etwas rechtlich Verbindliches aussagen will, muß sie also vorher ermitteln, ob das Recht den Erlaß eines derartigen Aktes gestattet bzw. fordert. Die Feststellung der Rechtslage ist immer Voraussetzung eines

solchen Akt gestützt werden könne (S. 667). — Wie hier: *Fleiner*, a. a. O. S. 206, ähnlich auch *Kelsen*, GrünhZ 1914 S. 1 ff. (88). Nicht eindeutig *Forst-hoff*, a. a. O. S. 188, der ausführt, daß der Akt fehlerhaft bleibe, diese Fehlerhaftigkeit sei jedoch von der Rechtsordnung für unbeachtlich erklärt worden. Das ist nur richtig hinsichtlich der Anfechtungsmöglichkeit, sonst können die Fehler durchaus beachtlich sein. — Vgl. auch BayVGHE N.F. 4/II/14.

25) *v. Hippel*, Staatsakt S. 15, hat sich mit Recht gegen die logisch-dogmatische Richtung gewandt, die physisches und normatives Sein vertauscht und das nichtige Rechtsgeschäft als „tot“ hinstellt und daraus ableitet, daß von ihm keinerlei Wirkungen ausgehen können. Er hebt hervor, daß etwa ein totes Tier tot in jeder Beziehung sei; eine Handlung aber, die in einer Beziehung und für einen nicht vorhanden sei, brauche es nicht notwendig in jeder Beziehung und für alle zu sein.

26) Wirkung und Wirksamkeit ist aber scharf zu unterscheiden; denn ein nicht nichtiger Akt ist wirksam, trotzdem können seine Wirkungen bzw. ein Teil der Wirkungen (durch Einlegung eines Rechtsbehelfs im Verwaltungsprozeß oder durch Aussetzung der Vollziehung z. B. — vgl. BayVGH, DVBl 1954 S. 474 —) gehemmt sein. Das verkennt z. B. das OLG Braunschweig in seinem Beschluß vom 9. 6. 1953 DVBl. 1953 S. 611 f. m. zust. Anm. *Kammer* = NJW 1953 S. 1638 f. Umgekehrt hat auch ein nichtiger Akt Wirkungen. Zutreffend *Andersen*, a. a. O. S. 41, der darlegt, daß allein entscheidend sei, ob die in seinem Inhalt angegebenen Wirkungen durch den VA herbeigeführt werden, nicht ob überhaupt Rechtswirkungen von ihm ausgehen.

27) Das wird unten noch näher auszuführen sein, vgl. S. 108 ff.

VAes. Ein Teil der VAe besteht nur in der Verkündung dieser Feststellung, im Ausspruch über die Rechtslage, wir nennen sie daher *feststellende* VAe²⁸⁾ 29). Als Beispiel für rein feststellende VAe sei genannt die Festsetzung der Versorgungsbezüge durch die oberste Dienstbehörde nach § 155 Abs. I S. 1 BBG und der Rentenbescheid nach dem Bundesversorgungsgesetz, soweit sich der Rentenanspruch unmittelbar aus dem Gesetz ergibt (vgl. z. B. §§ 38, 39, 62 Bundesversorgungsgesetz).

Meist geht aber die Tätigkeit der Behörde über eine solche Feststellung — und deren Verkündung — hinaus. Durch die Rechtsordnung ist der Verwaltung die Macht verliehen, im konkreten Einzelfall Rechtsverhältnisse zu ordnen, neue Rechtsbeziehungen zu schaffen, d. h. allgemein gesagt, die bisherige Rechtslage zu verändern³⁰⁾. Macht die Behörde von diesem Recht, bzw. von der ihr auferlegten Pflicht Gebrauch, dann erläßt sie einen *gestaltenden* VA³¹⁾. Dieser enthält als Grundlage auch immer eine Feststellung der Rechtslage, einen feststellenden Akt, den sog. Gestaltungsgrund³²⁾. Er ist dem Gestaltungsakt immanent, wenn er auch nicht verkündet wird. Soweit dem Akt eine Begründung beigefügt wird, soll sich aus ihr der Gestaltungsgrund ergeben.

28) Sie werden auch deklarative VAe genannt. Die Bezeichnung Entscheidung, die früher viel verwendet wurde (so z. B. von *Hatschek*, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Auflage, besorgt von Paul *Kurtzig*, Leipzig 1931, S. 7; *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes, Tübingen 1921, S. 276), deckt sich weitgehend hiermit.

29) *Haffner* hat in der Erlanger Dissertation: Sind feststellende VAe mit Art. 92 des GG vereinbar? 1954 (Maschinenschrift) im Ergebnis zutreffend dargelegt, daß feststellende VAe auch unter der Verfassungsordnung des GG zulässig sind. Seine Begründung kann aber nicht überzeugen. Er rechnet nämlich (vgl. S. 68 ff.) alle feststellenden VAe zur Rechtsprechung im materiellen Sinn. Trotzdem hält er es für zulässig, daß diese Akte materieller Rechtsprechung von Verwaltungsbehörden erlassen werden (vgl. S. 87 ff.). Das ist von seinem Ausgangspunkt falsch; denn Art. 92 GG weist alle Akte materieller Rechtsprechung den Richtern zu, Verwaltungsbehörden dürfen keine Rechtsprechung ausüben (vgl. auch unten S. 89). Auch der Versuch *Haffners*, Art. 92 GG nur als Garantie der gerichtlichen Überprüfbarkeit aller feststellenden VAe zu deuten (S. 90 ff.) muß als gescheitert angesehen werden; denn diese Garantie gibt Art. 19 Abs. 4 GG und nicht Art. 92! — *Haffners* Arbeit zeigt, daß alle Versuche, den Begriff der materiellen Rechtsprechung exakt zu definieren, zum Scheitern verurteilt sind, da sie im Hinblick auf Art. 92 GG an irgendeiner Stelle mit der Rechtswirklichkeit zusammenstoßen werden und mit ihr nicht zu vereinbaren sind. Erst eine historische Betrachtungsweise wird diese Widersprüche ausräumen können (vgl. auch unten S. 90).

30) Man mag auch von Rechtsetzung für den Einzelfall sprechen, so die Wiener Schule, vgl. *Merkel*, a. a. O. S. 186, der allerdings auch dem deklarativen Akt rechtsetzenden Charakter beilegt; das kann nicht anerkannt werden.

31) Der Begriff des konstitutiven Aktes deckt sich hiermit nur zum Teil. Der Begriff der Verfügung ist noch schillernder.

32) *Krusch*, Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses unter Berücksichtigung des Zwangsvergleichs im Konkurse, Mannheim 1933, S. 42 ff.

Durch Differenzierung kann man diese Zweiteilung zu einer Vielzahl von Untergruppen erweitern³³⁾; alle diese verschiedenen Arten der VAe lassen sich aber auf feststellende und gestaltende zurückführen. Damit ist nicht die Wertlosigkeit einer Differenzierung dargetan, vielmehr wird eine Einteilung nur nach der rechtlichen Struktur vielfach nicht ausreichen. Für unsere Zwecke genügt sie jedoch, was sich später noch erweisen wird.

Neben feststellenden und gestaltenden Akten werden allerdings auch bei grober Einteilung im allgemeinen noch die beurkundenden VAe und die Befehle (Gebote und Verbote) genannt³⁴⁾. Aber auch sie lassen sich in die von uns gebildeten zwei Gruppen einordnen.

Keine Schwierigkeiten bedeutet das für die beurkundenden Akte. Entweder ist die Urkunde Voraussetzung für die Entstehung eines Rechts (so bei der Berufung in das Beamtenverhältnis³⁵⁾) und hat damit gestaltenden Charakter, oder sie stellt nur die Rechtslage fest und dient dann nur Beweis Zwecken. Freilich enthält sie auch im letzteren Fall insofern ein gestaltendes Moment, als die Rechtslage der Beteiligten dadurch geändert wird, daß die Beweiswirkung der Urkunde die Beweislage der Parteien verändert³⁶⁾. Zwischen diesem gestaltenden und dem feststellenden Teil der Urkunde ist zu unterscheiden³⁷⁾.

Auch bei den Befehlen ist der feststellende und der gestaltende Teil klar zu erkennen. Wenn z. B. die Verwaltungsbehörde nach § 4 Abs. 1 des Straßenverkehrsgesetzes³⁸⁾ die Fahrerlaubnis entzogen hat und anschließend von dem Betroffenen die Ablieferung des Führerscheins verlangt, so stellt sie eigentlich nur die auch ohne dieses Gebot schon bestehende Rechtslage fest; denn nach § 4 Abs. 4 Straßenverkehrsgesetz ist nach der Entziehung der Fahrerlaubnis der Führerschein abzuliefern. Trotzdem ist die Aufforderung der Behörde, den Führerschein abzuliefern, im wesentlichen ein gestaltender VA. Denn die Rechtslage des Betroffenen wird durch den Befehl insofern verändert — und zwar verschlechtert —, daß die Behörde nunmehr die Erfüllung ihres Gebotes mit Zwangsmitteln durchsetzen kann, und daß der Aufgeforderte sich strafbar macht, wenn er den Befehl nicht befolgt³⁹⁾.

33) Vgl. *Kormann*, a. a. O.; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 247 ff.

34) Vgl. *Forsthoff*, a. a. O. S. 173 f.

35) Vgl. § 6 Bundesbeamtengesetz vom 14. 7. 1953 (BGBl I S. 551).

36) Vgl. §§ 415 ff. ZPO.

37) An solche Fälle hat wohl *Ipsen*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg, 1932, S. 10 gedacht; es ist aber zu weitgehend, wenn er meint, daß feststellende Akte in der Regel gestaltende Elemente enthielten.

38) v. 19. 12. 1952 (RGBl I S. 837).

39) § 24 Abs. 1 Ziff. 3 Straßenverkehrsgesetz. Nicht etwa schon, wenn er der sich aus § 4 Abs. 4 ergebenden Verpflichtung zur Ablieferung nicht nachkommt.

Als weiteres Beispiel sei die Regelung des Straßenverkehrs durch Zeichen eines Polizeibeamten angeführt. An die Stelle der Vorschriften über das Verhalten im Straßenverkehr, wie sie sich hauptsächlich aus der Straßenverkehrsordnung ergeben, tritt eine spezielle Regelung⁴⁰⁾. Damit verändert jedes Zeichen des Verkehrsschutzmannes die ohne diesen VA⁴¹⁾ bestehende Rechtslage der Verkehrsteilnehmer.

Die gestaltende Natur der Befehle wird dann besonders deutlich, wenn ihnen die Androhung von Zwangsmitteln für den Fall der Nichtbefolgung beigefügt ist. Auch wenn die Behörde eine bereits bestehende Verpflichtung des Bürgers noch einmal wiederholt und Zwangsmittel bei Nichterfüllung ankündigt, wird die rechtliche Lage des Betroffenen dadurch verändert, daß die Erfüllung der Pflicht nunmehr durch Ersatzvornahme, Zwangsgeld oder unmittelbaren Zwang erreicht werden kann; damit ist der Betroffene bereits mittelbar diesem Zwang unterworfen.

Es handelt sich allgemein bei den Befehlen um gestaltende VAe⁴²⁾. Allerdings ist einzuräumen, daß bei ihnen das gestaltende Moment die Feststellung nicht so stark überwiegt, wie etwa bei einem Widerruf des Beamtenverhältnisses, der Genehmigung eines Gewerbebetriebes u. ähnl.⁴³⁾.

Bei jedem nicht rein feststellenden Akt ist der feststellende von dem gestaltenden Teil zu trennen. Wenn bei dem ersten Beispiel der VA etwa lauten würde: „Sie sind verpflichtet, Ihren Führerschein abzuliefern“, so enthält der Akt in erster Linie eine Feststellung der Rechtslage. Er enthält aber erkennbar auch die Anforderung, der Verpflichtung nachzukommen, und damit eine Gestaltung⁴⁴⁾.

40) § 2 StVO.

41) Zeichen des Verkehrsschutzmannes sind VAe, meist Allgemeinverfügungen.

42) Ebenso *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 256, VVDStL Heft 5, S. 209; *Peters*, a. a. O. S. 152; *Merkel*, a. a. O. S. 191.

43) Vielfach werden nur diese Akte als gestaltende bezeichnet, meist nennt man sie jedoch konstitutive, vgl. *Kormann*, a. a. O. S. 82 ff.; *Herrnritt*, a. a. O. S. 273; *Turegg*, a. a. O. S. 118.

44) Daher hat auch die h. M. in der steuerrechtlichen Literatur (vgl. *Friedrich Klein*, VerwArch 45, 49 ff. (61 ff.) und *Bühler*, Steuerrecht, 2. Aufl. 1. Bd., Wiesbaden, 1953, S. 343, 307 f., recht, wenn sie den Steuerbescheid als gemischten VA bezeichnet; er enthält tatsächlich neben der reinen Feststellung der Steuerschuld gestaltende Momente, nämlich den Leistungsbefehl und die damit verbundene Vollstreckungsmöglichkeit. —

Auch das Leistungsurteil im Zivilprozeß hat einen feststellenden und einen gestaltenden Teil. Es enthält nach der h. M. die (rechtskräftfähige) Feststellung des Anspruchs und den Leistungsbefehl an den Beklagten (vgl. statt allet *Rosenberg*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Auflage, München, 1954, S. 374; a. M. *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin, 1932, S. 56, wonach in der Verurteilung nur die Feststellung des Anspruchs und

III. Der Begriff der Bindung

a) Auslegung:

Bevor Wesen und Umfang der Bindung zu untersuchen ist, muß der Gegenstand der Bindung bestimmt werden. Ehe die Frage der Bindung an den Richter überhaupt herantritt, muß er feststellen, was für ein Akt vorliegt. Um die Bedeutung des VAes in dem von ihm zu entscheidenden Zivilprozeß zu ermessen, muß er zuerst prüfen, welchen Inhalt, Sinn und Zweck der VA hat. In dieser Prüfung ist er frei. Weil eine eindeutige Erkenntnis des Inhalts nicht immer gegeben sein wird, hat er auch das Recht, den VA auszulegen⁴⁵⁾. Da eine Begründung des VAes grundsätzlich zu fordern ist⁴⁶⁾ und im allgemeinen einem VA auch beigegeben sein wird, sind besondere Schwierigkeiten nicht zu befürchten. Immerhin ist es möglich, daß Zivilgerichte durch Auslegung einem VA gelegentlich einen Sinn geben, der nicht mit der Vorstellung der erlassenden Behörde übereinstimmt⁴⁷⁾. Das ist unvermeidlich, wird jedoch praktisch wohl seltener zu Differenzen der Auffassungen führen als bei der Auslegung von Gesetzen⁴⁸⁾.

die Begründung des Vollstreckungstitels, nicht jedoch ein Leistungsbefehl enthalten sei; vgl. hierzu auch *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg, 1948, S. 31 mit weiteren Nachweisen). Der Leistungsbefehl (mit der Androhung der Zwangsvollstreckung) ist gestaltender Natur. Ähnlich *Hellwig*, Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig, 1905, S. 91 N. 38: „Insoweit solches Urteil (scil. Leistungsurteil) als ein für vorläufig Vollstreckbar erklärtes oder nach Erlangung der Rechtskraft den Vollstreckungstitel bildet, ist es ein konstitutiver Rechtsakt, welcher das Vollstreckungsrecht erzeugt...“ Daß diese Auffassung vom Leistungsurteil nichts mit dem Theorienstreit um das Wesen der Rechtskraft zu tun hat und also nicht etwa für die Richtigkeit der materiellen Theorie spricht, ergibt allein schon die Tatsache, daß *Hellwig* einer der entschiedensten Vorkämpfer der prozessualen Theorie war. — (Auch wenn man der Auffassung *Goldschmidts* vom Leistungsurteil folgen würde, ergäbe sich neben dem feststellenden ein gestaltender Teil des Urteils.)

45) RGZ 102, 3; 161, 317; BGH, LM (1) zu § 78 DBG = VRspr 3, 564; BGHZ 3, 15; 13, 17. — Nur für VAe der Besatzungsbehörden bestand ein Auslegungsverbot gem. Art. 3 des Gesetzes Nr. 13 der Alliierten Hohen Kommission v. 25. 11. 1949 (AHKABl S. 54), aufgehoben durch Gesetz Nr. A—37 vom 5. 5. 1955 (AHKABl S. 3267).

46) Vgl. *Zschacke*, NJW 1954 S. 413 ff.; *Reuß*, DVBl 1954 S. 593 ff. (596); OVG Berlin, JZ 1955 S. 555 m. zust. Anm. v. *Menger*.

47) Vgl. z. B. RGZ 81, 99 ff. (dazu RGZ 82, 259 ff.); OGH, NJW 1949 S. 105; BGH, NJW 1951 S. 441.

48) Welche Bedeutung eine Auslegung des VAes haben kann, zeigt die Entscheidung des LG Bielefeld, NJW 1951, S. 926 m. Anm. *Bettermann*. Hier lag eine wirksame Einweisung in eine Wohnung vor. Der Bekl. hatte aber eigenmächtig von den Räumen Besitz ergriffen. Die Räumungsklage hatte Erfolg, da eine Zuteilung von Wohnraum nach dem Wohnungsgesetz (KontrollratsG Nr. 18) noch kein Recht zum Besitz vermittelte. Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn es sich um eine Einweisung auf Grund des Reichs-

b) Präjudizialität:

Nur dann hat die Frage der Bindung an einen VA praktische Bedeutung, wenn von ihr der Ausgang des Verfahrens abhängt. Die Entscheidung über die Vorfrage⁴⁹⁾: Bindung oder Nichtbindung an einen VA, muß also für die Entscheidung über die Hauptfrage: Ist der Anspruch des Klägers begründet oder nicht, maßgeblichen Einfluß ausüben, d. h. präjudiziell sein. Keine Präjudizialität⁵⁰⁾ liegt jedoch dann vor, wenn es das Gericht dahingestellt sein lassen kann, ob ein VA bindet oder nicht. Nur bei Präjudizialität des VAes tritt das Problem der Bindung überhaupt auf.

c) Bindung und Rechtskraft:

In der Rechtssprache wird der Begriff der Bindung in einem doppelten Sinn gebraucht⁵¹⁾. Einmal versteht man darunter die Unwiderruflichkeit eines Aktes, zum anderen das Verbot, sich mit dem Akt in Widerspruch zu setzen. § 318 ZPO, der die Bindung des Gerichts an seine eigenen Urteile in derselben Sache ausspricht, enthält beide Formen. Denn nach § 318 ist es dem Gericht verboten, seine Urteile aufzuheben; es ist ihm aber auch verboten, von den in derselben Sache ergangenen End- und Zwischenurteilen abzuweichen. Bindung im Sinne von Widerrufsverbot kann unser Thema nicht meinen; denn der Widerruf eines VAes oder seine Aufhebung liegt im allgemeinen überhaupt außerhalb des Kreises der für das Zivilgericht gegebenen prozessualen Möglichkeiten⁵²⁾. Bindung kann hier nur die zweite Bedeutung haben. Ihr Sinn ist die Verhütung eines Widerspruchs zwischen dem be-

leistungsgesetzes gehandelt hätte, da sie ein Recht zum Besitz nach § 986 BGB vermittelt (*Bettermann*, a. a. O.). Wenn eine eindeutige Begründung gefehlt hätte, so wäre die Entscheidung des Prozesses von der Auslegung des VAes abhängig gewesen. — Vgl. auch OGH, MDR 1948 S. 472 m. Anm. *Bettermann*.

49) Vgl. zu den Begriffen Vorfrage — Hauptfrage *Kralik*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht, Wien 1953, insbes. S. 7, der zu Recht Vorfrage nur im Sinn von Prämisse verwendet. Vorfrage ist also nur die Frage, deren Beantwortung zur Lösung einer anderen Frage logisch notwendig ist.

50) Vgl. zum Begriff der Präjudizialität: *Förster-Kann*, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 3. Auflage, Berlin, 1913, Anm. 2 a zu § 148; *Sydow-Busch*, Handkommentar zu ZPO und GVG, 21. Auflage, Berlin, 1935, Anm. 2 zu § 148; *Kuttner*, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München. 1914 (zit. Urteilswirkungen), S. 25; ferner *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechts Tübingen 1921, S. 152 (kritisch dazu *Kralik* a. a. O. S. 9 ff.).

Einen anderen Sinn hat die question préjudicielle im französischen Recht; bei einer solchen Vorfrage muß die für die Hauptfrage zuständige Behörde aussetzen, um die Entscheidung der kompetenten Behörde einzuholen.

51) Vgl. zum folgenden *Bötticher*, Rechtskraft, S. 72 ff.

52) Über die wenigen Ausnahmen (z. B. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG) vgl. unten S. 130 ff.

hördlichen Akt und der Auffassung des Gerichts. Bindung bezweckt daher die Vermeidung einer Kollision zweier Staatsakte, die auch dann vorliegen würde, wenn das Zivilgericht eine nicht rechtskraftfähige Vorfrage anders entscheidet als die Verwaltungsbehörde.

Das Wesen der Bindung besteht in einer Präklusion⁵³⁾; es ist dem Gericht verwehrt, die Rechtslage anders als die Behörde zu beurteilen.

Vielfach bezeichnet man dies als das Verbot der Nachprüfbarkeit von VAen. Das ist ungenau; denn der Richter muß durchaus „prüfen“, z. B. um festzustellen, welchen Inhalt der VA hat, oder um zu entscheiden, ob er wirksam oder nichtig ist usw. Bindung bedeutet die Verpflichtung des Gerichts, den ergangenen Akt anzuerkennen und der eigenen Entscheidung zugrunde zu legen⁵⁴⁾. Bindung heißt, die eigene Entscheidung so abzufassen, daß sie nicht im Widerspruch mit der Entscheidung der Verwaltungsbehörde steht⁵⁵⁾.

Alle diese Umschreibungen des Bindungsbegriffes scheinen darauf hinzuweisen, daß zwischen Bindung und Rechtskraft kein Unterschied besteht. Dies ist jedoch nur bedingt richtig⁵⁶⁾. Bindung ist der Oberbegriff und umschließt die materielle Rechtskraft. Auch ist der Begriff der Bindung durch die Untersuchungen über die Rechtskraft im wesentlichen geklärt worden. Jedoch sind Bindung und Rechtskraft nicht identisch. Das hängt schon damit zusammen, daß die materielle Rechtskraft auf ihre subjektiven Grenzen beschränkt ist⁵⁷⁾. Nur dann tritt nämlich Rechtskraft-

53) *Kuttner*, a. a. O., S. 5; *Hans Schmidt*, Bindung des Zivilrichters an Vorentscheidungen anderer Gerichte und Behörden, Berlin, 1927 S. 5.

54) *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig, 1912, Teil I, S. 777; *Stein-Jonas*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen, 1953, III zu § 318.

55) Vgl. *Böttcher*, Rechtskraft, S. 94.

56) *Kleinfeller*, Der Gegenstand der Rechtskraft, Festschrift für Adolf Wach, Leipzig, 1913, 2. Bd., S. 373 ff. (389). — Auch *Bascho*, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht, Zürich, 1946, trennt Verbindlichkeit und materielle Rechtskraft; er versteht aber unrichtigerweise unter Rechtskraft die Unabänderlichkeit der Entscheidung und unter Verbindlichkeitswirkung die zeitlich begrenzte Unabänderlichkeit (S. 64 ff.). — *Sauer*, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart, 1929, S. 268 bezeichnet allerdings die Bindung als spezifische Rechtskraftwirkung, das läßt sich aber aus den hier im Text dargelegten Gründen nicht halten. Eher könnte man die Rechtskraft als spezifische Bindungswirkung auffassen. — Daher kann auch die Meinung *Grüners* nicht gebilligt werden, daß die materielle Rechtskraft auch die Bindung an Behördenentscheidungen hervorruft. (*Grüner*, Die Bindung des Zivilrichters an Entscheidungen über Leistungspflichten aus der Reichsversicherungsordnung unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung; Erlanger Dissertation, 1950/51, Maschinenschrift, S. 18).

57) § 325 ZPO; §§ 51 BVerwGG, 84 VGG, 80 MRVO 165.

wirkung ein, wenn die Parteien des neuen Verfahrens bereits am alten teilgenommen haben oder die Rechtskraft sich auf sie erstreckt⁵⁸⁾). Ferner haben nach der h. M. zivilprozessuale Gestaltungsurteile keine Rechtskraftwirkung⁵⁹⁾), während ihre bindende Wirkung allgemein anerkannt ist. Schließlich unterliegt es keinem Zweifel, daß Voraussetzung der materiellen Rechtskraft die formelle ist. Solange ein VA noch anfechtbar ist, fehlt ihm sicherlich die formelle Rechtskraft, trotzdem kann er bindende Wirkung äußern. Diese Beispiele zeigen, daß Bindung und Rechtskraft verschiedene Dinge sind; denn Bindung kann auch ohne Rechtskraft eintreten.

d) Objektiver Umfang der Bindung:

Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß⁶⁰⁾ ergeben sich aus § 322 ZPO. Danach erwächst in Rechtskraft nur die Entscheidung über den Streitgegenstand. Dieser wird durch die Person des Klägers und sein Klagebegehren bestimmt. Nicht die Beurteilung einer abstrakten Rechtsfrage, sondern die Entscheidung eines konkreten Falles wird rechtskräftig. Die Entscheidungsgründe nehmen an der Rechtskraft nicht teil. Sie werden allerdings zur Auslegung der Urteilsformel häufig herangezogen werden müssen und sind insofern auch Träger der Rechtskraft⁶¹⁾. Ihr Gegenstand ist aber nur die Entscheidung, daß ein bestimmter Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge habe oder nicht habe. Insbesondere erwächst nicht der juristische Obersatz, sondern nur der Subsumtionsschluß als Ganzes (nicht seine einzelnen Glieder) in Rechtskraft⁶²⁾.

Auch sonst ist es im allgemeinen nicht bestritten, daß sich die Bindung eines Staatsorganes an die Entscheidung eines anderen immer nur auf die Entscheidung eines konkreten Falles bezieht, ohne daß die vorausgegangenen Erwägungen und rechtlichen

58) Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es erforderlich ist, daß die Parteien des alten Verfahrens auch im neuen Verfahren Parteien im formellen Sinne sind oder ob es ausreicht, daß sie hier „Beteiligte“ sind; dies ist umstritten bei der Frage, ob der Strafrichter an ein rechtskräftiges Zivilurteil gebunden ist. Vgl. hierzu *Kugler*, Die Bindung des Strafrichters an Zivilurteile, Erlanger Dissertation, 1955, Maschinenschrift, S. 36 ff.

59) *Rosenberg*, a. a. O. S. 387, 688; *Stein-Jonas*, a. a. O. IV, 8, zu § 322; VI, 2, zu § 325. — *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952, S. 410, will dagegen dem „Gestaltungsgrund“ vgl. oben N. 32), d. h. dem feststellenden (unausgesprochenen) Teil des Urteils materielle Rechtskraft zuerkennen. — Grundsätzlich a. M. *Goldschmidt*, a. a. O. S. 211 und *Krusch*, a. a. O. S. 42 ff., 50 ff., vgl. dazu unten S. 98.

60) Entsprechend auch im Verwaltungsprozeß, vgl. § 51 BVerwGG, § 80 MRVO 165, § 84 VGG, § 141 SGG.

61) *Stein-Jonas*, a. a. O. VII, 1. zu § 322; *Rosenberg*, a. a. O. S. 709.

62) *Stein-Jonas*, a. a. O. V, 1 zu § 322; *Rosenberg*, a. a. O. S. 707.

Schlußfolgerungen an dieser Bindung teilnehmen⁶³⁾. Daher ist es einhellige Meinung, daß die Gründe, die zum Erlaß eines VAes geführt haben, keine verbindliche Wirkung äußern können; vielmehr bindet nur der Ausspruch der Behörde selbst⁶⁴⁾ und nur in Bezug auf den bestimmten Antragsteller oder die sonst durch den VA Angesprochenen. In sachlich gleichliegenden Fällen, die aber einen neuen, anderen Personenkreis betreffen, tritt keine Bindung ein⁶⁵⁾. Der Umfang der Bindung ist also in objektiver Beziehung genau so zu bestimmen wie der der materiellen Rechtskraft⁶⁶⁾.

e) Subjektiver Umfang der Bindung:

Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft entscheiden bekanntlich die Frage, ob ein Urteil inter partes oder inter omnes wirkt. Soweit durch gesetzliche Bestimmungen⁶⁷⁾ der Richter einer Bindung an VAe unterworfen wird, handelt es sich immer um eine Bindung inter omnes. Es ist im Ergebnis gleich, ob das Gesetz anordnet, daß ein Akt für und gegen alle wirkt, oder ob es vorschreibt, daß das Gericht an diesen Akt gebunden ist. Die Wirkung gegen jedermann schafft eine Bindung des Gerichts, und die Bindung des Gerichts bedeutet für den Einzelnen praktisch, daß der ergangene Akt auch für ihn verbindlich ist. Dasselbe muß auch dann gelten, wenn außerhalb einer positivrechtlichen Rege-

63) Hinsichtlich der Bindung der Verfassungsorgane, Gerichte und Behörden nach § 31 Abs. 1 BVerfGG wird allerdings weitgehend auch eine Bindung an die (tragenden) Entscheidungsgründe befürwortet. Richtiger Ansicht nach ist aber auch hier nur der Subsumtionsschluß verbindlich, vgl. Beschluß des GSZ des BGH, BGHZ 13, 265; *Jesch*, JZ 1954 S. 528 ff.

64) *Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien, 1886, S. 237 ff.; *Kormann*, a. a. O. S. 200; *Maßmann*, Fischers Z Bd. 66 S. 129 ff. (227); *W. Jellinek*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung, Tübingen, 1908, S. 46 ff.; ds. Verwaltungsrecht, S. 18 f.; *Baur*, Die Bindung an Entscheidungen, Tübingen, 1940, S. 76 f.; *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 388; *v. Turegg*, a. a. O. S. 52; *Forsthoff*, a. a. O. S. 85; RGZ 161, 313 ff. — a. M. nur *Grüner*, a. a. O. S. 97, hinsichtlich der „durch gesetzliche Anordnung für verbindlich erklärten versicherungsrechtlichen Entscheidungen über Leistungspflichten“ nach der RVO. Diese Ausnahme ist nicht gerechtfertigt.

65) Soweit ersichtlich ist eine Bindung in gleichliegenden Fällen erstmalig bei der Frage der Bindung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG vertreten worden, vgl. hierzu oben N. 63.

66) *Stein*, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen, 1912, S. 99, hat die Ansicht geäußert, daß es undenkbar sei, daß ein Akt auf einem anderen Gebiete bindende Kraft habe, die er nicht zunächst auf seinem eigenen Gebiet hervorzubringen vermöge. Ähnlich auch *Kuttner*, Urteilswirkungen, S. 75 ff.; *Baur*, a. a. O. S. 73. Dagegen *Schmidt* a. a. O. S. 56. — Für den objektiven Umfang der Bindung ist das richtig, in der allgemeinen Formulierung *Steins* jedoch nicht; denn obwohl eine Behörde u. U. einen VA widerrufen kann, ist möglicherweise das Gericht ohne Einschränkung an ihn gebunden.

67) Vgl. unten S. 44 ff.

lung der Richter an VAe gebunden ist⁶⁸); denn wenn das Gericht den VA zur Grundlage der eigenen Entscheidung machen muß, so sind damit auch die Parteien an den Akt gebunden, ganz gleich, ob sie durch den VA ursprünglich bereits betroffen, ja überhaupt angesprochen wurden oder an dem Verwaltungsverfahren beteiligt waren.

Eine Ausnahme muß nur dann gelten, wenn sich die Bindung des Gerichts erst daraus ergibt, daß die Parteien selbst an den Akt gebunden sind, wenn also die Bindung des Richters mittelbar aus der Bindung der Beteiligten, die er anzuerkennen hat, folgt. Das ist bei der materiellen Rechtskraft der Fall. Sie ist durch die Prozeßgesetze so ausgestaltet⁶⁹), daß die rechtskräftige Entscheidung nur die am Verfahren Beteiligten (und die, auf die sich die Rechtskraft erstreckt) bindet. Für den Richter ist diese Entscheidung dann nur insoweit verbindlich, als diese von der Rechtskraft betroffenen Personen an dem neuen Verfahren teilnehmen. Hier tritt also nur eine Bindung *inter partes* ein.

3. Kapitel

Zulässigkeit des Zivilrechtswegs und präjudizieller Verwaltungsakt

1. Probleme der Abgrenzung zwischen Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg (ZRW und VRW) sind in letzter Zeit von verschiedener Seite eingehend erörtert worden¹). Hier kann weder auf allgemeine Abgrenzungsfragen *de lege lata*, noch auf eine

68) Eine umfassende Formulierung bringt § 49 Abs. 1 des hessischen Gesetzes über den Staatsgerichtshof v. 12. 12. 1949 (GVBl 1948 S. 3), der ausspricht, die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde wirke Rechtskraft für und gegen jedermann und binde alle Gerichte und Behörden.

69) Vgl. unten S. 71

1) Aus dem nach 1945 erschienenen Schrifttum sind hauptsächlich die folgenden Beiträge zu nennen, die auch eingehende Literaturangaben bringen: *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 377 ff.; SJZ 1950 Sp. 161 ff.; ZJP 65. Bd. S. 1 ff.; *Baur*, DRZ 1949 S. 395 ff.; *Bettermann*, MDR 1947 S. 44 ff.; MDR 1949 S. 394 ff.; *Blomeyer*, MDR 1952 S. 23 ff.; *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 1. Buch, Tübingen 1950, S. 241 ff.; *Böttcher*, DVBl 1950 S. 321 ff.; ZJP 65. Bd. S. 44 ff.; DRZ 1952 S. 4 ff.; *Forsthoff*, a. a. O. S. 86 ff.; *Friesenhahn*, Justiz und Verwaltungsrechtsschutz, Justiz und Verfassung, Hamburg 1948 S. 103 ff.; *Friedrich Klein*, Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich, Stuttgart 1954 (zit. Untersuchungen); *Lerche*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin 1953; *Meiss*, SJZ 1947 S. 82 ff.; MDR 1947 S. 222 ff.; Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953; *Naumann*, JZ 1951 S. 204 ff.; Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953; *Rosenberg*, a. a. O. S. 33 ff.; *Schoen*, DÖV 1953 S. 677 ff., 713 ff.; *Tiedau*, ZJP 64. Bd. S. 204 ff., 407 ff.; *Ule*, ZJBIBrZ 1949 S. 61 ff.; 10. Beiheft zur DRZ 1949.

wünschenswerte Grenzziehung de lege ferenda eingegangen werden. Zu beschäftigen hat uns jedoch — wenn auch mit der gebotenen Knappheit — die Frage, ob ein präjudizieller VA einen Einfluß auf die Zulässigkeit des ZRW haben kann oder ob er erst bei der Prüfung der Begründetheit der Klage vom Gericht zu beachten ist²⁾. Die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, für die die Zivilgerichte zuständig sind, können dabei aus der Betrachtung ausgenommen werden, da hier der Richter ausnahmsweise öffentlich-rechtliche Fragenkomplexe zugewiesen erhalten hat und daher die angedeutete Problemstellung kaum auftritt. Sie wird jedoch akut bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten³⁾, für die § 13 GVG den ZRW eröffnet.

2. Das Reichsgericht (RG) hat in ständiger Rechtsprechung⁴⁾ immer wieder gegen Versuche Stellung genommen, eine nach seiner Meinung öffentlich-rechtliche Streitigkeit durch Einkleidung in ein bürgerlich-rechtliches Gewand vor die Zivilgerichte zu bringen. Primär — und das wird häufig verkannt — bedeutet diese Rechtsprechung nun nichts anderes, als daß nicht etwa die *Rechtsansicht*, sondern allein der *Sachvortrag* des Klägers, aus dem das Gericht die Rechtsnatur des Anspruchs zu folgern hat, für die Entscheidung der Rechtswegfrage maßgeblich zu sein hat⁵⁾. So kann etwa ein Anspruch auf Erstattung zu viel bezahlter Steuern nicht dadurch vor die Zivilgerichte gebracht werden, daß man ihn als einen Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB deklariert⁶⁾. Dies ist allgemein anerkannt und die meisten Urteile des RG zu dieser Frage betreffen Fälle, bei denen der Streitgegenstand ersichtlich öffentlich-rechtlicher Natur ist⁷⁾.

2) *Krückmann*, LZ 1923 Sp. 593, wendet sich zwar zu Recht gegen die Verwechslung der Unzulässigkeit des ZRW mit der Unbegründetheit der Klage, fährt aber dann erstaunlicherweise fort: „Man verkeehrt mit diesem Verfahren das logische Verhältnis; denn die Frage der Unzulässigkeit des Rechtswegs kann doch höchstens, aber auch nur höchstens, dann aufgeworfen werden, wenn die Unbegründetheit der Klage noch nicht feststeht ...“ Natürlich ist es genau umgekehrt!

3) Vgl. zu diesem Begriff neuerdings *Lerche*, a. a. O. S. 37 ff.

4) Vgl. zum Folgenden auch *Werner*, VerwArch 43. Bd. S. 47 ff.

5) h. M., vgl. *Rosenberg*, a. a. O. S. 38 ff.; *Stein-Jonas*, a. a. O. II C 1. vor § 1. — Inwieweit auch das Vorbringen des Beklagten zur Klarstellung des Streitgegenstandes herangezogen werden darf, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen, vgl. *Rosenberg*, a. a. O. und *Stein-Jonas*, a. a. O., ferner *Böttcher*, DV 1950 S. 324, und gegen ihn *Tiedau*, a. a. O. S. 210 ff., 427 ff.

6) Vgl. *Bachof*, Vornahmeklage, S. 100 ff.

7) Vgl. aus der neueren Rechtsprechung RGZ 103, 131 ff.; 105, 38 ff.; 106, 383 ff.; 110, 164 ff.; 121, 7 ff. (10); 130, 268 ff., 313 ff. (316). — *Lerche*, a. a. O. S. 38 und N. 95 trennt nicht die hier genannten Fälle von denen, wo es sich um einen bürgerlich-rechtlichen Streitgegenstand handelte, der ZRW aber deshalb verschlossen wurde, weil die Rechtmäßigkeit einer Verwal-

Das RG hat daher häufig auch bei Klagen gegen Hoheitsträger den ZRW zugelassen, wenn es sich nach dem Sachvortrag um einen bürgerlich-rechtlichen Streitgegenstand handelte (z. B. ungerechtfertigte bürgerlich-rechtliche Bereicherung)⁸⁾. In einer Reihe von Entscheidungen hat es aber die Einkleidungslehre mit der Bemerkung angewandt, daß die Rechtmäßigkeit eines (präjudiziellen) VAes nicht nachgeprüft werden dürfe, weil es dem Gericht nicht gestattet sei, den Staatswillen zu zwingen oder zu brechen⁹⁾. Der ZRW wurde deshalb für unzulässig erklärt. Dabei hat das RG keinen Unterschied zwischen einer Klage gegen einen Hoheitsträger und einem Rechtsstreit zweier Privatpersonen gemacht¹⁰⁾. In noch schärferer Form hat zum Teil die Rechtsprechung der Kompetenzkonfliktsgerichtshöfe auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten Unzulässigkeit des ZRW wegen eines präjudiziellen VAes angenommen¹¹⁾. Schließlich hat das RG bei Amtshaftungsklagen aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 131 Weimarer Reichsverfassung weitgehend die Prüfung, ob das Verhalten des Beamten eine Amts-

maßnahme nachzuprüfen war (vgl. hier den Text zu N. 9). Lerche behandelt vielmehr beide Fälle unter dem Stichwort: Klage gegen die Hoheitsbehörde. Darum geht es aber gar nicht, auch betrifft die von ihm in diesem Zusammenhang angeführte Entscheidung RGZ 130, 270 die Klage eines Kommunal- gegen einen Provinzialverband und RGZ 157, 106 ff. (115) behandelt einen Streit zwischen zwei Privatleuten.

8) Aus der jüngeren Rechtsprechung: RGZ 100, 219 ff.; 101, 131 ff.; 105, 35 ff.; 108, 244 ff.; 113, 207 ff. (209); 123, 181 ff.; 187 ff.; 131, 264 ff. (273).

9) RGZ 105, 276 ff.; vgl. ferner RGZ 104, 207 ff.; 145, 369 ff.

10) Klage gegen Hoheitsträger: RGZ 102, 246 ff. (250); 105, 276 ff.; durchweg hat das RG den ZRW für die Eigentumsabwehrklage (gestützt auf § 1004 BGB) gegen den Hoheitsträger für unzulässig erklärt (RGZ 118, 227; st. Rspr., vgl. 170, 42), dieser Fall gehört im Grunde jedoch zu den unter N. 7 angeführten Entscheidungen; denn hier ist der Streitgegenstand öffentlich-rechtlich und die privatrechtliche Norm paßt nur scheinbar (vgl. auch unten S. 39). — Klage gegen Privaten: Warn 1921 S. 75 (der ZRW wird nur deshalb eröffnet, weil der betreffende VA inzwischen aufgehoben wurde; wenn das RG weiter ausführt, daß ein nach Klageerhebung ergangener VA auf die Zulässigkeit des ZRW keinen Einfluß ausübt, so ist das in Übereinstimmung mit der Lehre, daß für die Zulässigkeit des ZRW der Klagevortrag des Klägers maßgeblich ist); ferner: RG in Deutsches Wohnungsarchiv, 1. Jahrgang (1925/26) S. 39. — Nicht jedoch hat das RG — wie oft behauptet wird — bei demselben Sachverhalt für die Klage gegen einen Dritten den ZRW eröffnet, für die Klage gegen die Behörde ihn dagegen verschlossen. Die Entscheidungen RGZ 30, 246; 113, 209; 123, 183, 188 f.; 125, 109; 168, 135; JW 1908, 334 N. 17; JW 1925, 775 ff., die Lerche, a. a. O. S. 41 und N. 109 dafür anführt, daß das RG für eine Klage des durch eine Hoheitsmaßnahme Beeinträchtigten gegen einen anderen Privatmann den ZRW zugelassen habe, betreffen durchweg andere Fälle, meist Klagen gegen einen Hoheitsträger oder (RGZ 30, 246) den Rechtsstreit zwischen einer Gemeinde und dem Fiskus oder (JW 1908, 334 Nr. 17) ist der Fiskus Kläger oder (RGZ 125, 109) klagt die Gemeinde gegen eine Privatperson oder (RGZ 168, 135) wurde der ZRW für unzulässig erklärt! — Vgl. zur Einkleidungslehre des RG jetzt BGHZ 8, 209 ff.

11) Bachof, SJZ 1949 Sp. 386; Maßmann, Fischers Z 66. Bd. S. 193.

pfllichtverletzung darstelle, in den Abschnitt über die Zulässigkeit des ZRW vorverlegt¹²⁾, diese Rechtsprechung berührt unser Problem allerdings nur am Rande.

Staatsrechtlich gesehen war diese Judikatur ein Ausfluß der Vorstellung von einer prinzipiellen Gewaltentrennung¹³⁾, die auch schon eine mittelbare Einflußnahme auf den anderen staatlichen Tätigkeitsbereich zu vermeiden suchte. Zur richtigen Einschätzung des verfassungsrechtlichen Hintergrundes ist zu berücksichtigen, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit damals weitgehend als Teil der Verwaltung angesehen wurde¹⁴⁾ und daher die Trennungslinie nicht zwischen den Gerichten und der Verwaltung, sondern zwischen Justiz, d. h. ordentlicher Gerichtsbarkeit, und Exekutive (einschließlich Verwaltungsgerichtsbarkeit) verlief.

3. Gleichzeitig mit der eben dargestellten Rechtsprechung entwickelte sich eine ganz gegensätzliche Judikatur. Sie ist bekannt unter dem Namen der Willkürrechtsprechung¹⁵⁾. Das RG hat erklärt, es werde den ZRW dann zulassen, wenn „durch eine obrigkeitliche Anordnung ohne jeden Rechtsgrund in offenbarer Willkür eine für den Vermögensgegenstand einer Privatperson lästige Maßnahme zu Unrecht getroffen wird“¹⁶⁾. Während nach der Einkleidungsstheorie der ZRW grundsätzlich für schädliche Folgen eines Hoheitsaktes — auch bei bürgerlich-rechtlichem Streitgegenstand — verschlossen bleiben sollte, wurde er — auch bei öffentlich-rechtlichen Ansprüchen — eröffnet, sofern sich der Angriff des Klägers gegen gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigende Maßnahmen richtete¹⁷⁾. Hier steht das RG also auf dem Standpunkt, daß die Zivilgerichte dem einzelnen Rechtsschutz

12) RGZ, 97, 179; 140, 84 ff.; 143, 84 ff. (87 ff.); 144, 253 ff.; 146, 257 ff. (260); 146, 369 ff. (372 ff.); 154, 144 ff. (152 ff.); 164, 15 ff.; 167, 312 ff. (315).

13) Vgl. zur Gewaltenteilung unten S. 115 ff.

14) Vgl. dazu *Lerche* S. 23 mit Literaturangaben.

15) Vgl. dazu *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 386; *Baur*, DRZ 1949 S. 397; *Bettermann*, MDR 1947 S. 44; MDR 1949 S. 398; *Boehmer*, a. a. O. S. 249; *Böttcher*, DV 1950 S. 322 f.; *Lerche*, a. a. O. S. 59 ff.; *Schimmelpfennig*, Die Zuständigkeitsgrenze zwischen Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten behördlichen Willkürakte, Erlanger Dissertation 1951 (Maschinenschrift); *Tiedau*, a. a. O. S. 212 ff.; *Ule*, ZJBBrZ 1949 S. 62; 10. Beiheft zur DRZ S. 13.

16) RGZ 105, 39.

17) RGZ 105, 38 ff.; 118, 109 ff.; 118, 227 ff.; 129, 95 ff.; 130, 290 ff.; 143, 106 ff.; 144, 256; 158, 257 ff.; 162, 181 ff. (In keiner dieser Entscheidungen wurde das Vorliegen eines Willküraktes bejaht.)

Bettermann, MDR 1947 S. 44, hat behauptet, daß im Rahmen der Willkürrechtsprechung die Gültigkeit des Hoheitsaktes stets Hauptfrage gewesen sei. Jedoch kann er für diese Ansicht die von ihm u. a. angeführten Urteile RGZ 97, 179; 100, 219; 102, 251; 130, 290 u. 138, 57 schwerlich in Anspruch nehmen. Soweit in ihnen von willkürlichen, bzw. gesetzlich überhaupt nicht zu rechtfertigenden Maßnahmen gesprochen wurde, handelt es sich gerade um

gegen Übergriffe der Staatsgewalt zu gewähren haben¹⁸⁾; eine Theorie, die mit einer Gewaltentrennung, wie sie in der Einkleidungslehre vertreten wurde, schlecht in Übereinstimmung zu bringen ist, vielmehr nur von der Vorstellung einer allgemeinen Rechtsschutzfunktion der Gerichte aus verständlich wird.

4. Die Rechtsprechung zur Einkleidungslehre wird sicherlich weiterhin ihre Bedeutung haben, soweit es sich darum handelt, falschen Rechtsauffassungen des Klägers die Anerkennung zu ver-

privatrechtliche Ansprüche. — Das RG hat zwar in RGZ 130, 290 selbst betont, daß der ZRW nur bei privatrechtlichen Ansprüchen im Falle der Willkür eröffnet werden könne, hat dies aber sonst nicht weiter beachtet (das verkennt *Böttcher*, DV 1950 S. 321 ff.). Die oben angeführten Entscheidungen betreffen außer RGZ 130, 290 alle einen öffentlich-rechtlichen Streitgegenstand. Das RG spricht daher auch vielfach in diesen Urteilen davon, daß bei willkürlichem Handeln der ZRW zur Wiederherstellung verletzter Privatrechte zu öffnen sei.

Zu trennen von den Fällen, wo es sich um die Eröffnung des ZRW bei Willkürakten handelt, sind die Entscheidungen, die innerhalb einer zulässigen Klage (meist Amtshaftung) bei der Prüfung der Begründetheit die Grenzen zwischen nicht nachprüfbareren Ermessensentscheidungen und „Willkürakten“ ziehen: RGZ 99, 255; 121, 225 ff. (233 ff.); 135, 110 ff. (117); 138, 6 ff. (14); 138, 259 ff.; 140, 423 ff. (430); 146, 369 ff. (375); 147, 179 ff. (183); 154, 144 ff. (153); 164, 32 ff. (44); 164, 162 ff. (176); 168, 129 ff. (137). —

Das OLG Kiel, DV 1949 S. 106, hat — obwohl es erkannte, daß eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit nicht vorlag — den ZRW gegen eine behördliche Willkürmaßnahme, die vor Verwaltungsgerichten nicht hatte angefochten werden können, zugelassen. Eine solche „Willkürrechtsprechung“ war damals berechtigt.

18) Nicht jedoch kann man solche Willkürhandlungen als Nichthoheitsakte ansehen (so aber *Lerche*, a. a. O. S. 59 ff.). Die Wandlung eines Staatsaktes bei schweren Mängeln zu einer Privathandlung im Sinne einer *ultra vires* Lehre ist allerdings vom RG gelegentlich vertreten worden (RGZ 102, 251 ff. — Vgl. aber die am gleichen Tag vom gleichen Senat gefällte entgegengesetzte Entscheidung 102, 246 ff.! —; 118, 109 ff.; 158, 257 ff. (262); 162, 181 ff.). Demgegenüber finden sich aber auch Urteile, die genau das Gegenteil besagen (RGZ 93, 261; 102, 246 ff. (250); 130, 290). Der BGH, BGHZ 2, 366, hat sogar erwogen, „ob der Kreis der wegen Willkür nichtigen (!) VAe nicht noch enger zu ziehen sei, als der Kreis der durch Willkür begangenen Amtspflichtverletzungen“. Es entspricht jedenfalls einer im Verwaltungsrecht als gefestigt anzusehenden Meinung, daß ein Staatsakt zwar bei bestimmten Mängeln nichtig, jedoch nimmermehr zu einer Privathandlung werden kann. Etwaige Zweifel müßten auch durch Art. 19 Abs. 4 GG als ausgeräumt gelten; denn es wäre ein dem Sinn der Vorschrift hohnsprechendes Ergebnis, wenn diese verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie bei staatlichen Willkürakten entfallen sollte (so aber *Lerche*, a. a. O. S. 92, mit der Begründung, daß Willkürakte nicht einmal einen öffentlich-rechtlichen Schein verbreiten!). —

In Braunschweig galt allerdings früher der Satz, daß jedes rechtswidrige Handeln als aus der Sachkompetenz herausfallend nicht mehr dem Staat zurechenbar sei, *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 48, 248 ff.; *Forsthoff*, a. a. O. S. 191; OLG Braunschweig, MDR 1949 S. 56. Seit Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel kann dieser Satz nicht mehr anerkannt werden. —

Zur Lehre *Kelsens*, wonach jeder rechtswidrige Staatsakt ein Nichtakt ist, vgl. unten S. 127 N. 21.

sagen. Im übrigen ist jedoch die Judikatur des RG zur Rechtswegfrage überholt; denn dadurch, daß das Grundgesetz der Dritten Gewalt die Kontrolle über die Verwaltung zugewiesen hat, ist ihr Ausgangspunkt weggefallen. Weder müssen sich die Gerichte hüten, in die Bezirke der Exekutive einzudringen, noch besteht ein besonderes Bedürfnis, mit Hilfe der Willkürrechtsprechung eine ultima ratio des Rechtsschutzes durch die Zivilgerichte offenzuhalten.

Es ist daher *Lerche* beizupflichten¹⁹⁾, wenn er sich gegen die Mißachtungslehre²⁰⁾ *Böttchers*²¹⁾ wendet. Denn wenn eine Klage, die gegen einen VA ankämpft, eine Mißachtung der Verwaltung darstellen würde, so müßte dies ja auch für die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten. Allerdings sind auch die Folgerungen abzulehnen, die *Lerche*²²⁾ aus der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel ziehen will. Er meint, der ZRW werde unzulässig, wenn bei einem bürgerlich-rechtlichen Streitgegenstand ausschließlich öffentlich-rechtliche Vorfragen streitig seien, weil eine solche Klage eine Mißachtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit darstelle. Diese Auffassung vom Verhältnis der verschiedenen Gerichtsbarkeiten zueinander kann nicht anerkannt werden. Nachdem das Spannungsverhältnis Justiz-Exekutive aus der Rechtswegproblematik glücklich eliminiert ist, besteht kein Anlaß, grundsätzliche Gegensätze zwischen den einzelnen Gerichtszweigen zu schaffen. Zivil- und Verwaltungsgerichte stehen sich gleichberechtigt gegenüber²³⁾, daher bedeutet „Rechtsweg“ jetzt allgemein der Weg zu den Gerichten²⁴⁾. Es kann sich deshalb bei der Abgrenzung nur um eine eindeutige und leicht verständliche, nach sachlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Zuständigkeitsverteilung²⁵⁾ zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten handeln.

Dieser einfache Sachverhalt wird durch jede Mißachtungslehre unnötig kompliziert. So hält *Lerche* — von seinem Ausgangspunkt

19) a. a. O. S. 42.

20) Nicht gegen die sog. Auflehnungsklage (*Böttcher*, DV 1950 S. 321 ff.; *Lerche*, a. a. O. S. 38 ff.), bei der Beklagter die Behörde, bzw. die hinter ihr stehende Körperschaft, selbst ist. *Lerche* rechnet diese Fälle generell zu den öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, das ist nicht richtig, vgl. unten S. 38 f.

21) DV 1950 S. 323 ff.

22) a. a. O. S. 40 ff.

23) Das gibt grundsätzlich auch *Lerche* zu, a. a. O. S. 32, 42. Vgl. hierzu auch unten S. 126.

24) h. M., vgl. auch Art. 19 Abs. 4 GG.

25) *Naumann* hat wiederholt betont, daß das Abgrenzungsproblem sich von der Frage, ob „der Rechtsweg zulässig“ sei, zu einer Frage der verschiedenen Zuständigkeiten verschoben habe; JZ 1951 S. 208; Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 7 f.; ebenso *Bachof*, DÖV 1951, S. 477 ff. (480) und *Schoen*, DÖV 1951, S. 393 ff. (395). — a. M. *Lerche*, a. a. O. S. 33.

aus folgerichtig — den ZRW bei nichtigen VAen für zulässig, weil es hier nichts zu mißachten gäbe²⁶⁾). Damit wird in die Zulässigkeitsprüfung ohne zwingenden Grund schon die schwierige Unterscheidung zwischen nichtigen und sonstigen fehlerhaften VAen getragen. Da die Rechtswegfrage aber jedenfalls jetzt außerhalb der Gewaltenteilungsproblematik steht²⁷⁾, muß sie so gelöst werden, daß nicht über diese Zulässigkeitsvoraussetzungen längere Diskussionen geführt zu werden brauchen. Daher kann es allein darauf ankommen, nach rein prozessualen Gesichtspunkten²⁸⁾ zu bestimmen, wann eine bürgerliche und wann eine öffentliche Rechtsstreitigkeit vorliegt. Als Anknüpfungspunkt bietet sich hier der Streitgegenstand an, auf den auch § 4 EGZPO hindeutet²⁹⁾. Da nur die Entscheidung über den Streitgegenstand in Rechtskraft erwächst³⁰⁾, könnten echte Kompetenzkonflikte zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten nur dadurch auftreten, daß das eine Gericht sich berechtigt fühlt, über denselben Anspruch zu urteilen, für dessen Entscheidung sich auch das andere für zuständig erachtet³¹⁾. Ein Ausschluß der Tätigkeit verschiedener Gerichtsarten auf demselben Sachbereich ist dadurch übersichtlich zu erreichen, daß bei bürgerlich-rechtlichem Streitgegenstand die Zivilgerichte, bei öffentlich-rechtlichem die Verwaltungsgerichte zuständig sind³²⁾, wobei einer positiv-rechtlichen Einzelzuweisung „frem-

26) a. a. O. S. 45.

27) Das erkennt auch *Lerche* an, a. a. O. S. 23, 42.

28) a. M. *Lerche*, a. a. O. S. 39 ff., weil die Kompetenzverteilung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten im staatsrechtlichen Bereich liege. Die Einteilung in Zivil- und Verwaltungsgerichte realisiere die staatsrechtliche Institution der Funktionsteilung. (?)

29) h. M. vgl. *Rosenberg*, a. a. O. S. 37 ff., der auf „eine Rechtsfolge des bürgerlichen Rechts“ abstellt und *Stein-Jonas*, a. a. O. II C 1. vor § 1, wo ausdrücklich auf den Streitgegenstand Bezug genommen wird; ferner *Tiedau*, a. a. O. S. 204 ff.; *Siebert* bei *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Kommentar, Stuttgart, 8. Auflage (zit. *Soergel*), Einleitung zum 1. Band, Anm. B I 1. a. M. *Lerche*, a. a. O. S. 39 ff., 57, der von Streitsache spricht. Auf das mit der Klage verfolgte Ziel stellen ab *Arndt*, DRiZ 1950 S. 229 ff.; *Forsthoff*, a. a. O. S. 95.

30) § 322 ZPO, § 84 VGG, § 80 MRVO 165.

31) RGZ 113, 207 ff. (209) stellt daher zu Recht bei der Rechtswegfrage auf den Umfang der Rechtskraft ab. — Grundsätzlich anderer Ansicht *Lerche*, a. a. O. S. 40.

32) Auf den Versuch *Böttchers*, ZZP 65. Bd. S. 44 ff., eine neue Abgrenzung zwischen bürgerlich-rechtlichem und öffentlich-rechtlichem Anspruch dadurch zu finden, daß er Ansprüche „aus einer abgeschlossenen verwaltungsmäßigen Situation“ (S. 48), bei denen der Bürger seine Schadensrechnung gegen den Fiskus wie gegen jeden anderen Privatmann aufmache (S. 47), als bürgerlich-rechtliche ansieht, kann hier nur hingewiesen werden. Er betrifft — anders als *Böttchers* Lehre von der Auflehnungs- und Mißachtungsklage (DV 1950 S. 321 ff.) — nicht den Einfluß der Vorfrage auf die Zulässigkeit des ZRW, sondern eine generelle Abgrenzung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht, liegt daher außerhalb unserer Betrachtung.

der“ Sachen natürlich gerade im Hinblick auf die Einheit der Rechtsprechung nichts im Wege steht. Maßgeblich für die Zulässigkeit des einen oder anderen Rechtsweges hat also allein das zu sein, worüber die Gerichte rechtskräftig entscheiden; damit haben präjudizielle Fragen keine Bedeutung für die Zulässigkeit der Klage. Daher ist der Lehre, die Haupt- und Vorfrage, d. h. Streitgegenstand und präjudizielle Frage, scharf trennt³³⁾ und eine materielle Betrachtung³⁴⁾ vermeidet, voll beizupflichten. Das Problem der Bindung an VAE betrifft also keine Frage der Zulässigkeit, sondern allein eine der Begründetheit der Klage³⁵⁾.

5. Da somit die Zulässigkeit des ZRW von der Rechtsnatur des Streitgegenstandes abhängig ist, ergibt sich folgende Formulierung für die Abgrenzung im praktischen Fall: Der ZRW ist immer dann zulässig, wenn die vom Kläger behauptete Rechtsfolge³⁶⁾ sich nach dem Tatsachenvortrag aus dem bürgerlichen Recht ableiten läßt³⁷⁾.

Diese These soll noch kurz an zwei Beispielen erläutert werden³⁸⁾.

a) Wird eine Sache nach dem Reichsleistungsgesetz in Anspruch genommen und verlangt der Kläger mit der Behauptung, er sei noch Eigentümer, die Sache von der verfügenden Behörde oder von einem Dritten heraus, so muß der ZRW in beiden Fällen für zulässig erklärt werden³⁹⁾. Denn es gibt nur ein privatrechtliches

33) *Krückmann*, LZ 1923 S. 593; *Maßmann*, Fischers Z 66. Bd. S. 129 ff.; *Baumbach-Lauterbach*, Kommentar zur ZPO, 22. Auflage, München 1954, Anm. 2 C zu § 13 GVG.; *Bettermann*, MDR 1947 S. 44 ff., 222 ff., MDR 1949 S. 349; *Tiedau* a. a. O. S. 204 ff., 407 ff.

34) Einer solchen neigt *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 385; SJZ 1950 Sp. 166 zu. — Dagegen *Lerche*, a. a. O. S. 43, da vom Streitgegenstand als einer Institution des Prozeßrechts nur eine prozessuale Auffassung möglich sei.

35) *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 388; SJZ 1950, Sp. 166; *Baur*, DRZ 1949 S. 396; *Bettermann*, MDR 1948 S. 289; MDR 1949 S. 394; JR 1949 S. 121; *Boehmer*, a. a. O. S. 254; *Friedrich Klein*, Untersuchungen S. 2 ff.; *Kleinrahm*, MDR 1948 S. 110; *Meiss*, SJZ 1950 Sp. 203; *Naumann*, DV 1948 S. 42; *Schönke*, DRZ 1949 S. 439; *Soergel-Siebert*, S. 26. — a. M. *Lerche*, a. a. O. S. 46.

36) Insofern besteht im Meinungsstreit über das Wesen des Streitgegenstandes im Zivilprozeß wohl Einigkeit, daß es sich dabei um eine Rechtsfolge in irgendeiner Form handelt. Vgl. zum Streitgegenstand *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München 1954.

37) Prinzipiell ebenso *Tiedau*, a. a. O. S. 416 ff. — Im Grunde wohl auch nicht anders *Maßmann*, a. a. O. S. 174, 180, wonach für die Bestimmung der rechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses die rechtliche Natur des für die Entscheidung der Hauptfrage unmittelbar in Betracht kommenden Rechtsatzes maßgeblich sein soll.

38) Unter Verzicht auf Anführung der reichhaltigen Literatur zu diesen Fällen und unter notwendiger Beschränkung auf die wichtigsten Entscheidungen.

39) Dies war bei der Klage gegen die Behörde bzw. gegen die hinter ihr stehende Körperschaft lange Zeit streitig, vgl. dazu *Tiedau*, a. a. O. S. 446 ff.

Eigentum⁴⁰⁾ und daher auch nur einen bürgerlich-rechtlichen Eigentumsherausgabeanspruch. Die Frage, ob der Kläger noch Eigentümer ist, spielt nach allgemeinen Grundsätzen erst bei der Beurteilung der Begründetheit der Klage eine Rolle.

b) Unzulässig ist dagegen der ZRW im folgenden Fall: Beim Amtsgericht wird eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Zwangsräumung durch das Wohnungsamt beantragt. Der Antragsteller trägt vor, ihm sei mündlich von einem Angestellten des Wohnungsamtes angedroht worden, daß seine Wohnung mit Gewalt geräumt würde, wenn er nicht binnen drei Tagen ausgezogen sei. Hier ist der ZRW für eine einstweilige Verfügung gegen die Gemeinde⁴¹⁾ nicht zulässig. Zwar ist § 1004 BGB, der hier in Frage käme, eine privatrechtliche Norm. Sie reicht jedoch nur soweit, als die Unterlassung eines privaten Eingriffs verlangt wird. Die Freiheit von Eingriffen durch die öffentliche Gewalt bemißt sich nicht nach § 1004 BGB⁴²⁾. Damit ist die Frage der Zulässigkeit schon entschieden. Ganz unerheblich ist es, ob sich die Androhung des Wohnungsamtes als ein willkürlicher oder nichtiger VA darstellt, ein Nichtakt ist sie jedenfalls nicht⁴³⁾. Wer von einem Hoheitsträger die Vornahme einer öffentlich-rechtlichen Handlung fordert oder die Unterlassung eines öffentlich-rechtlichen Eingriffs begehrt, kann sich nicht an die Zivilgerichte wen-

Inzwischen läßt die Rechtsprechung auch hier den ZRW zu: OGHZ 2, 214 (anders allerdings später OGH in NJW 1951 S. 114); BGHZ 4, 303; 5, 69. Damit ist das obiter dictum der Entscheidung vom 5. 2. 1951, LM (1) zu § 13 VVG überholt. Dort vertrat der BGH im Anschluß an das RG noch die Meinung, daß der ZRW auch bei bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen unzulässig sei, wenn das Urteil mittelbar in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung eingreife, da dies dem Grundsatz der Gewaltenteilung widerspreche.

Gegen den durch den VA begünstigten Dritten hat der BGH die Herausgabeklage zugelassen in BGHZ 1, 146; 1, 223; 2, 366.

40) So die h. M. unter Ablehnung der Lehre *Otto Mayers*, vgl. die Literaturübersicht bei *Forsthoff*, a. a. O. S. 293.

Der BGH geht allerdings in BGHZ 9, 373 davon aus, daß es auch ein öffentlich-rechtliches Eigentum gibt, ohne daß dieser Satz für die Entscheidung tragend wäre. Sollte sich diese Auffassung durchsetzen, so wären die Herausgabeklagen auf Grund öffentlich-rechtlichen Eigentums vor den Verwaltungsgerichten zu erheben.

41) Nicht gegen das Wohnungsamt, so aber das LG Frankfurt, 9. 5. 1953, auszugsweise veröffentlicht in ZMR 1953 S. 3.

42) Hier zeigt sich, daß die Einkleidung eines öffentlich-rechtlichen Streitgegenstandes in ein bürgerliches Rechtsgewand unbeachtlich ist. — Unrichtig *Maßmann*, a. a. O. S. 212 ff., der darauf abstellt, auf welchen Rechtssatz der Kläger seinen Anspruch stützt. Wie hier schon *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, I S. 45 ff.

43) Zutreffend die in N. 41 genannte Entscheidung.

den⁴⁴⁾; dabei ist es ohne Bedeutung, ob der betreffende Hoheitsakt bindet oder nicht. Denn die Frage der Bindung tritt erst in dem Abschnitt des Prozesses auf, der sich mit der Begründetheit der Klage befaßt.

4. Kapitel

Aussetzung nach § 148 ZPO

Es ist im deutschen Recht allgemein anerkannt, daß die Verteilung staatlicher Aufgaben auf verschiedene Behörden nicht ausschließt, Vorfragen, die in ein anderes Rechtsgebiet gehören, selbst zu entscheiden. Ausfluß dieses Grundsatzes ist die Regelung in § 148 ZPO. Hiernach kann das Gericht aussetzen, wenn eine präjudizielle Vorfrage bereits Gegenstand eines anderen Rechtsstreits ist oder über sie eine Verwaltungsbehörde zu befinden hat; dabei gehören auch die Verwaltungsgerichte zu den Verwaltungsbehörden im Sinne dieser Vorschrift¹⁾. Es besteht daher im allgemeinen kein Aussetzungszwang²⁾; der Zivilrichter kann selbst darüber entscheiden, ob ein VA rechtmäßig oder rechtswidrig (fehlerhaft) und ob er wirksam oder nichtig ist. Auch die Frage der Bindung an VAe ist dem Zivilrichter zur eigenen Entscheidung zugewiesen.

Insbesondere ist durch die Errichtung einer umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel dem Richter nicht die Befugnis genommen, zu beurteilen, ob ein Akt rechtmäßig oder fehlerhaft ist³⁾. Damit ist allerdings noch nichts über das Bindungs-

44) So die st. Rspr. des RG, vgl. RGZ 93, 255 ff.; ebenso BGHZ 14, 222 — unrichtig allerdings die Begründung (S. 228), daß „die Gerichte“ nicht befugt seien, in die Entscheidungsgewalt der Behörden einzugreifen, da dies „aus der grundsätzlichen Trennung zwischen Rechtspflege und Verwaltung“ folge. Denn die Gerichte an sich sind durchaus zu solchen Eingriffen befugt (Art. 19 Abs. 4 GG), nur sind nicht die Zivilgerichte, sondern die Verwaltungsgerichte im allgemeinen zuständig.

Unrichtig daher: *Maßmann*, a. a. O. S. 187, 208 ff.; LG Frankfurt, ZMR 1953 S. 3; ähnlich falsch auch ein von *Friesenhahn*, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2 S. 277 mitgeteiltes Urteil des OLG Köln v. 14. 4. 1949; ferner LG Ellwangen, NJW 1954 S. 194. Bedenklich auch LG Mainz, NJW 1954 S. 194. Auch *Bettermann*, MDR 1948 S. 81, muß daher widersprochen werden. Vgl. zur Unterlassungsklage und ZRW auch *Tiedau*, a. a. O. S. 461 ff., der allerdings ungegründeterweise Herausgabe- und Unterlassungsklage gleich behandeln will.

1) *Stein-Jonas*, a. a. O. III, 1 a) zu § 148; *Baumbach-Lauterbach*, a. a. O. 1 B b) zu § 148; allgemeine Meinung.

2) Abweichende positiv-rechtliche Regelung ist zulässig, so z. B. nach Art. 8 des bayer. Gesetzes über die Bereinigung von Kraftfahrzeugzuweisungen v. 28. 1. 1950 (GVBl. S. 43) und nach § 901 Abs. 2 RVO.

3) *Bachof*, JZ 1952 S. 211 ff.; *Loppuch*, NJW 1952, S. 1037 ff.; *Müller*, ZMR 1952 S. 226 ff.; BGHZ 6, 270 ff.; BGHZ 2, 209; OVG Hamburg, MDR 1952 S. 251. — a. M. *Haueisen*, NJW 1952 S. 913 ff. (915 f.), NJW 1953 S. 121 ff. (123) und *Oppermann*, NJW 1953 S. 1819 f., der allerdings rechtswirksam und rechtmäßig verwechselt. — Auf der Tagung der Zivilprozeßrechtslehrer in

problem ausgesagt, dieses tritt vielmehr gerade dann richtig in Erscheinung, wenn die Rechtswidrigkeit eines Hoheitsaktes festgestellt wurde.

Die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit von VAen obliegt hauptsächlich den Verwaltungsgerichten; es fragt sich daher, ob das Zivilgericht nicht das Verfahren aussetzen kann, um ein Urteil der kompetenten Stelle einzuholen. Eine Aussetzung, um die Entscheidung einer Verwaltungsbehörde im eigentlichen Sinne herbeizuführen, dürfte in unserem Zusammenhang kaum vorkommen.

Keine Probleme ergeben sich, wenn bereits ein Rechtsstreit vor einem Verwaltungsgericht anhängig ist und die gleiche Frage vom Zivilgericht inzidenter beurteilt werden muß. Hier ist die Aussetzung zulässig, so z. B. wenn vor dem Verwaltungsgericht eine Feststellungsklage schwebt, bei der über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beamtenverhältnisses gestritten wird. Macht der Beamte gleichzeitig seine Gehaltsforderung vor dem Zivilgericht geltend (soweit dieses zuständig ist), so kann bis zum Erlaß des Urteils des Verwaltungsgerichts das Verfahren ausgesetzt werden.

Nicht so eindeutig ist die Lage bei der zweiten Alternative des § 148. Danach kann das Gericht aussetzen, wenn die Entscheidung „von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das ... von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist“.

Hiernach muß ein *Rechtsverhältnis* der Beurteilung unterliegen; dem entspricht es, daß die Feststellungsklagen vor den Verwaltungsgerichten auf die Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein müssen⁴⁾. Ist ein präjudizieller VA ein solches Rechtsverhältnis? Diese Frage ist heftig umstritten⁵⁾ und entzündet sich hauptsächlich an der Zulässigkeit einer Klage auf Feststellung, daß ein VA nichtig war. Die wohl im Vordringen befindliche Meinung weist mit Recht dar-

Heidelberg am 24. und 25. April 1952 hat Bosch in seinem Referat „Die Prüfung von VAen durch die Zivilgerichte“ die Ansicht vertreten, daß wegen der umfassenden Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte § 148 ZPO im Sinne einer Aussetzungspflicht zu verstehen sei (vgl. den Bericht in JZ 1952 S. 440 f.). Diese Meinung hat keinen Beifall gefunden. De lege ferenda haben sich für einen Zwang zur Aussetzung ausgesprochen: Boehmer, a. a. O. S. 275; Lerche, a. a. O. S. 53; Ule, 10. Beiheft zur DRZ, 1949, S. 16. Dagegen überzeugend: Bachof, ZZP 65. Bd. S. 40; Bettermann, MDR 1949 S. 395; Bedenken auch bei Naumann, DV 1948 S. 41 f.; v. Turegg, Verwaltungsrecht S. 46.

4) § 16 BVerwGG, § 24 VGG, § 52 MRVO 165; vgl. aber auch § 32 I Satz 2 MRVO 165.

5) Vgl. die Nachweise bei Ule, Kommentar zum Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Berlin, 1952 (zit. Kommentar), 2 b) zu § 16 und neuerdings Lerche, DÖV 1954 S. 712 ff.

auf hin⁶⁾), daß der VA nicht selbst ein Rechtsverhältnis ist, sondern erst ein Rechtsverhältnis begründen kann. Danach wäre eine Aussetzung schon deshalb ausgeschlossen, weil die Entscheidung des Zivilgerichts nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhinge.

Ist jedoch durch den VA ein Rechtsverhältnis begründet worden, so kann zu seiner Überprüfung das Verfahren ausgesetzt werden. Allerdings geht dies nur bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen; denn nur über solche können die Verwaltungsgerichte nach allgemeiner Meinung⁷⁾ entscheiden. Wenn ein Aussetzungsbeschluß des Zivilgerichts ergangen ist, so ist damit das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht gegeben. Auf die Frage, ob sonst eine Klage vor den Verwaltungsgerichten zur Vorbereitung eines Zivilprozesses zulässig ist, kommt es daher nicht an⁸⁾).

Wie schon der Wortlaut des § 148 ZPO besagt, wie es sich aber auch aus allgemeinen verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten ergibt, darf die Aussetzung nicht den Zweck haben, dem Kläger die Möglichkeit zu verschaffen, seiner Klage die fehlende Begründung nachträglich erst zu besorgen. Ebenso wenig darf der Beklagte dadurch in die Lage versetzt werden, einen bestehenden Anspruch des Klägers zu vernichten⁹⁾. Eine Aussetzung darf daher nur erfolgen, wenn sie auf eine Feststellung der im Augenblick der Aussetzung bestehenden Rechtslage abzielt. Während des Verfahrens auftretende Veränderungen der Rechtslage sind allerdings nach allgemeinen Regeln zu berücksichtigen. Das Gericht ist jedoch nicht berechtigt, auf eine solche Änderung hinzuwirken. Im allgemeinen ist es daher unzulässig, zur Erhebung einer Anfechtungsklage auszusetzen¹⁰⁾; denn das auf die Anfechtungsklage ergehende Urteil ist ein Gestaltungsurteil¹¹⁾ und stellt damit

6) Brauer, MDR 1951 S. 457 ff.; Bettermann, DVBl 1953 S. 163; Ule, Kommentar, a. a. O.; OVG Hamburg, VRspr 4, 882 ff.; Bay VGH, Urteil v. 11. 1. 1954 Nr. 373 III 50; Oppermann, NJW 1953 S. 1819; Müller, ZMR 1952 S. 226 ff. (227).

7) Eindeutig ist § 52 MRVO 165; für das BVerwGG vgl. Ule, Kommentar, Anm. 2 a) zu § 16; für das VGG vgl. Eyermann-Fröhler, Kommentar zu den süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen, München, 1950, Anm. I, 1. a) zu § 24.

8) Sie wird teilweise verneint, vgl. die Nachweise bei Ule, Kommentar, Anm. 3 c) zu § 16 und De Clerck, DÖV 1954 S. 525 f.

9) Stein-Jonas, III, 3. zu § 148 (zweifelhaft demgegenüber III, 1 a) zu § 148); RGZ 70, 322; OLG Braunschweig, NJW 1953 S. 1638 f. a. E.

10) a. M. Hauelsen, NJW 1952 S. 913 ff. (915) und NJW 1953 S. 121 ff. (123); der BayVGH hält bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten die Zivilgerichte sogar verpflichtet zum Verwaltungsgericht „zur Feststellung“ (?) der Rechtswidrigkeit auszusetzen (VGHE, N. F.) Bd. 4 Teil I S. 43 f.

11) Bachof, Vornahmeklage S. 56. Der dort erwähnte Fall, daß sich der angefochtene VA während des Verfahrens erledigt, und daß dann nur noch ein Feststellungsurteil ergehen kann, ist für unsere Untersuchung ohne Bedeutung.

nicht die bestehende Rechtslage fest, sondern schafft eine neue. In einigen Fällen wird jedoch eine Aussetzung zur Erhebung einer Anfechtungsklage gestattet sein; nämlich dann, wenn der Anspruch nicht vom Bestehen des Rechtsverhältnisses, sondern davon abhängig ist, ob die Behörde rechtmäßig gehandelt hat. So kommt es etwa bei der Amtshaftungsklage für die Feststellung einer Amtspflichtverletzung im allgemeinen nicht darauf an, ob der betreffende VA wirksam ist oder aufgehoben wurde; entscheidend ist vielmehr, ob er fehlerhaft war¹²⁾. Wird er auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben, so ist nicht die Aufhebung als solche eine klagebegründende Tatsache, sondern die in der Aufhebung enthaltene Feststellung der Rechtswidrigkeit des VAes¹³⁾. Allerdings wird in diesen Fällen die Aussetzung meistens daran scheitern, daß nicht das Bestehen oder Nicht-

12) Vgl. dazu unten S. 141 ff.

13) Ich folge hier der h. M.; vgl. Niese, JZ 1952 S. 353 ff., und die Rechtsprechung des BGH zur Frage der Bindung an verwaltungsgerichtliche Urteile (BGHZ 9, 329; 10, 220). *Bettermann* bestreitet mit beachtlichen Gründen, daß in der Aufhebung eines VAes auch die rechtskräftige Feststellung seiner Rechtswidrigkeit liege (DVB1 1953 S. 163 ff.; 202 ff.; MDR 1954 S. 7 ff.). Da aber, wie *Bettermann* selbst zugesteht, nur ein rechtswidriger VA aufgehoben werden kann, sprechen schon praktische Gesichtspunkte für die Erstreckung der Rechtskraft auf die — in jeder erfolgreichen Anfechtungsklage! — enthaltene Feststellung der Rechtswidrigkeit. Ob sich dies wirklich nicht mit der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß verträgt, wie *Bettermann* behauptet, ist zweifelhaft. Im übrigen zwingt nichts zu einer uneingeschränkten Übernahme dieser Lehre für alle Klagearten im Verwaltungsprozeß. Auch ist die Alternative: Individualrechtsschutz oder Verwaltungskontrolle zu schroff gestellt. Der Verwaltungsprozeß dient vielmehr beiden Zwecken. Streitgegenstand ist daher das Recht des Klägers auf Aufhebung des VAes, weil dieser rechtswidrig ist. Wird diese Klage abgewiesen, so ist damit festgestellt, daß dieses Recht nicht besteht und daß die Rechtswidrigkeit nicht festgestellt werden kann; die Rechtmäßigkeit ist damit auch nicht festgestellt. Wird der Klage stattgegeben, so ist über das Aufhebungsrecht des Klägers und die Rechtswidrigkeit bindend entschieden.

Es ist im übrigen auch im Zivilprozeß nicht immer so, daß sich Streitgegenstand und objektiver Umfang der Rechtskraft decken. So hat nach der neuesten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 17, 252) die Abweisung einer positiven oder negativen Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft dann nicht die Bedeutung, daß das Gegenteil des Klagebegehrens als festgestellt gilt, wenn sich die Abstammung nicht klären ließ.

Inwieweit *Mengers* Auffassung vom Streitgegenstand im Anfechtungsprozeß (vgl. System S. 158 ff.) mit unserer Formulierung annäherungsweise übereinstimmt, ist zweifelhaft, da *Mengers* Definition nicht eindeutig ist. Sollte er im Streitgegenstand nur einen „Überprüfungsanspruch“ sehen, so würde dies allerdings mit unserer Ansicht unvereinbar sein (vgl. auch die Kritik *Bochofs*, JZ 1955 S. 359). Es hätte für *Menger*, der eine Parallele zur verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage in der Anfechtungsklage im Entmündigungsverfahren sieht, übrigens nahe gelegen, die dort angegebene Definition des Streitgegenstandes heranzuziehen: Die Rechtsbehauptung, daß der Staatsakt wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben sei.

bestehen eines Rechtsverhältnisses vom Verwaltungsgericht geprüft werden soll. Jedenfalls ist die Aussetzung nur gestattet, um die für die eigene Entscheidung maßgeblichen Streitpunkte klären zu lassen. Die Entscheidungsgrundlagen dürfen dadurch nicht verändert werden.

Hat das Gericht oder die Behörde entschieden, so ist der Zivilrichter nicht mehr und nicht weniger gebunden, als er es normalerweise gegenüber diesen Erkenntnissen auch gewesen wäre. Durch die Aussetzung verpflichtet er sich nicht, die begehrte Entscheidung anzuerkennen, die Aussetzung bewirkt keine zusätzliche Bindung¹⁴⁾.

5. Kapitel

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre zum Bindungsproblem

1. Gesetzgebung

Gelegentlich findet sich in Gesetzen die Formulierung, daß Entscheidungen oder Anordnungen, die auf Grund des betreffenden Gesetzes ergehen, bzw. sich über eine bestimmte Frage aussprechen, für alle Gerichte und Behörden bindend seien. Soweit eine solche Bestimmung nicht in der besonderen Stellung der Besatzungsmächte ihren Grund hatte¹⁾, stammt sie aus einer Zeit, in der die Verwaltung bemüht war, allein und abschließend über Fragen des eigenen Aufgabenbereiches zu entscheiden, ohne anderen staatlichen Stellen die Möglichkeit einer abweichenden Stellungnahme zu der einmal entschiedenen Sache zu geben. Es schien nicht ausreichend, daß die Behörden „endgültig“ entschieden, d. h. eine Anfechtung ihrer Akte vor einem Gericht ausgeschlossen wurde, sondern es sollten auch widersprechende Entscheidungen anderer Behörden, insbesondere aber der Gerichte verhindert werden.

Durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel und durch Art. 19 Abs. 4 GG ist jetzt den Verwaltungsbehörden durchweg die Macht genommen worden, „endgültige“ VAe zu erlassen; im-

14) *Stein-Jonas*, a. a. O. III. 1 c) zu § 148; *Baumbach-Lauterbach*, a. a. O. 1 C zu § 148; *Seuffert-Walshmann*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München, 1932, Anm. 2 b) zu § 148; *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 493; a. M. *Layer*, VVDStL Heft 5 S. 137, 174; *Klein*, Untersuchungen, S. 8 ff.

1) Wenn das Gericht über Inhalt, Zweck oder Rechtsgültigkeit von VAen der Besatzungsbehörden zu befinden hatte, so mußte es gem. Art. 3 Ges. Nr. 13 der AHK das Verfahren aussetzen und eine Entscheidung der zuständigen Besatzungsstelle einholen. Diese Entscheidung war dann bindend. Diese Vorschrift ist aufgehoben durch das Gesetz Nr. A-37 vom 5. 5. 1955 (AHKABl S. 3267).

mer besteht eine Anfechtungsmöglichkeit gegen diese Akte. Dadurch wurden aber nicht auch die erwähnten Bindungsvorschriften gegenstandslos²⁾; denn Generalklausel und Art. 19 Abs. 4 GG bedeuten nur, daß jeder Staatsbürger, der durch einen VA in seiner Rechtssphäre betroffen wird, über die Rechtmäßigkeit des Aktes eine Gerichtsentscheidung herbeiführen kann. Welche Wirkung der VA aber hat, wenn der Bürger eine Anfechtung unterläßt, wird durch die Eröffnung des Rechtsweges gegen VAe nicht entschieden. Man könnte viel eher aus der generellen Anfechtungsmöglichkeit den Schluß ziehen, daß die Versäumung einer Anrufung des Gerichts die Verbindlichkeit des Aktes gegenüber allen Staatsstellen nach sich zieht, ohne daß hier eine solche Behauptung schon aufgestellt werden soll. Jedenfalls bestehen gesetzliche Bindungsvorschriften weiter, ohne daß gegen sie irgendwelche Bedenken vorgebracht werden könnten.

Immerhin ist ein Einfluß der neueren Gesetzgebung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch auf die Regelung der Bindung erkennbar. Soweit nämlich nicht neue Gesetze alte Vorschriften inhaltlich übernahmen³⁾, findet sich in der Gesetzgebung nach 1945 fast keine Bindungsvorschrift mehr⁴⁾. Vielmehr wurde gerade bei Neuregelung der Materie die Bestimmung über die Bindung ausdrücklich weggelassen⁵⁾. Im allgemeinen kann gesagt werden, daß die noch bestehenden Bestimmungen viel von ihrer Bedeutung eingebüßt haben. Früher bestand ein Anreiz, unan-

2) So aber wohl *Bettermann*, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, Tübingen 1952, S. 50. — Als Beispiel für die häufige Verwechslung von Anfechtbarkeit und Bindung sei nur die 1. DVO v. 17. 6. 1950 zum DBG genannt, die in ihrem Teil II eine DV zu § 146 DBG enthält. § 146 DBG betrifft die Bindung an Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, und zwar u. a. auch an Entscheidungen, die nach dem DBG für endgültig erklärt worden waren. Zu diesem Paragraphen besagt nun die DV, daß der Ausschluß des Rechtswegs in den Fällen, in welchen die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden bisher endgültig waren, gem. Art. 19 Abs. 4 GG (richtiger wäre: durch die Generalklausel) aufgehoben seien. In § 146 DBG geht es aber gar nicht um die Anfechtung bzw. Ausschluß des Rechtswegs. § 146 DBG wurde durch die Generalklausel nicht berührt; auch nicht zum Teil. Nach wie vor blieben auch die Bestimmungen verbindlich, die für endgültig erklärt worden waren. Freilich konnten jene „endgültigen“ Entscheidungen angefochten werden, wenn eine Anfechtung aber nicht erfolgte, dann trat die Bindungswirkung des § 146 ein.

3) § 119 Bundesdisziplinarordnung; Art. 161 Bayer. BeamtenG; Art. 63 Württemberg-Bad. BeamtenG.

4) Eine Ausnahme macht § 8 I der bayer. VO Nr. 127 v. 22. 5. 1947 (GVBl S. 180) zur Durchführung des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 für Bescheide der Genehmigungsbehörden. Diese Bescheide waren aber von Anfang an von den Baurgerichten überprüfbar.

5) So fehlt im PreisübergangsG v. 10. 4. 1948 (WiGBI S. 27) die Bindungsvorschrift des § 6 des PreisbildungsG v. 19. 10. 1936 (RGBl I S. 927), und der frühere § 3 a Abs. 5 der Fürsorgepflichtverordnung wurde durch das Gesetz v. 20. 8. 1953 (BGBl I S. 967) ersatzlos gestrichen.

fechtbaren VAen dadurch ihre Wirkung zu nehmen, daß man im Rahmen der Vorfragenprüfung vom Zivilrichter eine von der Verwaltungsbehörde abweichende Beurteilung begehrte. Dieser Umweg braucht nicht mehr gegangen zu werden, da jetzt die unmittelbare Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte gewährleistet ist. Die Vorschriften, die jenen Umweg verbauen wollten, sind daher nicht mehr so bedeutsam.

Von den noch bestehenden Bindungsvorschriften, die sich direkt an das Zivilgericht wenden⁶⁾, sind im wesentlichen die Folgenden zu nennen:

a) § 119 Abs. 2 Bundesdisziplinarordnung⁷⁾, § 8 Abs. 2 Besoldungsgesetz⁸⁾, § 146 Deutsches Beamtenengesetz⁹⁾, Art. 161 Bayerisches Beamtenengesetz¹⁰⁾, Art. 63 Beamtenengesetz für Württemberg-Baden¹¹⁾.

Hier handelt es sich darum, daß Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, von denen Gehaltsansprüche der Beamten abhängen, für die Beurteilung der vor dem Zivilgericht geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche bindend sind. Soweit die Verwaltungsgerichte nunmehr auch Gehaltsklagen von Beamten zu behandeln haben¹²⁾, sind sie solchen Bestimmungen nicht unterworfen, obwohl natürlich praktisch eine unanfechtbare Entlassung z. B. auch für das Verwaltungsgericht verbindlich ist. Bedeutsam waren die hier angeführten Vorschriften nur zu einer Zeit, als der Beamte nicht in der Lage war, Verfügungen, die seinen beamtenrechtlichen Status betrafen, anzufechten. Hier waren die Zivilgerichte bei Gehaltsklagen geneigt, den fehlenden Rechtsschutz sozusagen nachzuholen. Das sollten die Bindungsvorschriften ausschließen¹³⁾.

6) Nicht hierher gehören schon jene Bestimmungen, die einen VA für die Betroffenen für verbindlich erklären (vgl. z. B. § 77 SGG). Sie bewirken indirekt eine Bindung des Gerichts.

Es werden nur Bestimmungen angeführt, die ausdrücklich von Bindung sprechen. Möglicherweise kann auch aus anderen Formulierungen auf einen Bindungsbefehl geschlossen werden. So hat z. B. das LG Frankfurt, NJW 1955 S. 267 f., aus § 15 Bundesvertriebenen G., wonach die Flüchtlingsausweise zum *Nachweis* der Flüchtlingseigenschaft dienen, gefolgert, daß damit die Flüchtlingseigenschaft bindend festgestellt sein sollte. Ob diese Interpretation zutreffend ist, sei dahingestellt.

7) v. 18. 11. 1952 (BGBl I S. 761).

8) v. 16. 12. 1927 (RGBl I S. 349).

9) Letzte Fassung vom 30. 6. 1950 (BGBl S. 279, ber. S. 752); für Bundesbeamte aufgehoben durch das BundesbeamtenG v. 14. 7. 1953 (BGBl I S. 551); gilt als Landesrecht weiter in den Ländern Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Schleswig-Holstein.

10) v. 28. 10. 1946 (GVBl S. 349).

11) v. 19. 11. 1946 (RegBl S. 249).

12) so für Bundesbeamte: § 172 BBG.

13) Vgl. dazu auch unten S. 138 ff.

b) Vor Erlaß des Sozialgerichtsgesetzes vom 3. September 1953 gab es in den Sozialversicherungsgesetzen eine Reihe von Bestimmungen, die eine Bindung der Gerichte an Entscheidungen der Versicherungs- und Oberversicherungsämter im früheren Spruch- und Beschlußverfahren anordneten¹⁴⁾. Mehrere dieser Bestimmungen wurden durch § 224 SGG ausdrücklich aufgehoben. Da an Stelle der Versicherungsbehörden jetzt die Sozialgerichte urteilen¹⁵⁾, dürften auch die übrigen Bindungsvorschriften obsolet geworden sein, da die Bindung der Beteiligten an Entscheidungen der Sozialgerichte in § 141 SGG geregelt ist¹⁶⁾. Nur § 901 RVO¹⁷⁾ hat noch eine — wenn auch geringe — Bedeutung für das Problem der Bindung an VAe. Danach sind Entscheidungen darüber, ob ein entschädigungspflichtiger Unfall vorliegt und in welchem Umfang von welchem Versicherungsträger Entschädigung zu gewähren ist, verbindlich. Hauptsächlich werden diese Entscheidungen abschließend von den Sozialgerichten gefällt werden. Jedoch kommen auch Bescheide der Versicherungsträger in Betracht, die dann, wenn sie nicht angefochten werden, gem. § 901 RVO das Zivilgericht binden.

c) In einigen Gesetzen sind Entscheidungen oberster Verwaltungsbehörden für bindend erklärt worden, ohne daß ersichtlich wäre, warum der Gesetzgeber gerade in diesen Fällen die Bindungsklausel einfügte, in ähnlichen Vorschriften jedoch nicht:

§ 2 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen¹⁸⁾, § 1 Abs. 4 des Gesetzes über das Kreditwesen¹⁹⁾, § 13 Abs. 1 Satz 2 Energiewirt-

14) Vgl. §§ 258 Abs. 4, 358 Abs. 4, 405 Abs. 3, 705 Abs. 4, 1543 Abs. 1 RVO; § 49 Abs. 2 Angestelltenversicherungsgesetz v. 28. 5. 1924 (RGBl I S. 563); § 184 Abs. 2 AVAVG v. 16. 7. 1927 (RGBl I S. 187).

15) § 213 SGG. Ob es sich bei den Versicherungs- und Oberversicherungsämtern früher um besondere Verwaltungsgerichte oder um Verwaltungsbehörden gehandelt hat, wenn sie im Spruch- bzw. Beschlußverfahren entschieden, war umstritten, vgl. dazu *Knoll*, DÖV 1954 S. 232 ff. mit ausführlicher Literaturangabe.

16) Ohne Bedeutung wird dabei sein, daß u. U. der subjektive Umfang der Bindung nach § 141 SGG enger sein kann als auf Grund der früheren Vorschriften. — Soweit der gegen einen VA gegebene Rechtsbehelf nicht oder erfolglos eingelegt wurde, so ist gem. § 77 SGG mangels abweichender gesetzlicher Regelung dieser Akt für die Beteiligten — und insoweit auch für das Gericht — verbindlich.

17) Und die Vorschriften, die auf § 901 verweisen, wie § 907 Abs. 2 und § 1219 RVO, § 23 Abs. 3 des Unfallfürsorgegesetzes für Gefangene v. 30. 6. 1900 (RGBl S. 536) enthält eine § 901 entsprechende Regelung.

18) v. 6. 6. 1931 (RGBl I S. 315). Betr. Entscheidungen der Aufsichtsbehörde, ob ein Unternehmen der Aufsicht unterliegt.

19) In der Fassung v. 25. 9. 1939 (RGBl. I S. 1955). Betr. Entscheidungen der an die Stelle des Reichsaufsichtsamtes getretenen Landesbehörden (BGHSt 4, 347) darüber, ob ein Unternehmen als Kreditinstitut zu gelten hat.

schaftsgesetz²⁰⁾, § 35 Abs. 2 Personenbeförderungsgesetz²¹⁾, § 11 Kreuzungsgesetz²²⁾.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß gesetzliche Bindungsklauseln dadurch an Umfang und Bedeutung verloren haben, daß auf Grund des Art. 19 Abs. 4 GG jeder Verwaltungsakt abschließend von einem Gericht überprüft werden kann. Damit verschiebt sich die Frage der Bindung an VAe teilweise zum Problem der Bindung des einen Gerichts an Entscheidungen des anderen.

Soweit die Bindung der Behörden und Gerichte positiv-rechtlich geregelt wurde, ist ein allgemeines Prinzip nicht erkennbar. Weder kann aus den verstreuten Vorschriften geschlossen werden, daß sie Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes darstellen, noch ist der Umkehrschluß erlaubt, daß es sich hier um eine Ausnahmeregelung handelt. Dazu fehlt es an genügenden Anhaltspunkten. Es bleibt vielmehr der Eindruck, daß der Gesetzgeber vielfach mehr zufällig die Bindung anordnete, zum Teil allerdings dadurch veranlaßt, daß die Rechtsprechung der Zivilgerichte auf einem bestimmten Sektor eine Bindung verneinte²³⁾. Aber immer steht der spezielle Fall so sehr im Vordergrund, daß ein Schluß auf eine Geltung darüber hinaus oder ein *argumentum e contrario* als unzulässig erscheint²⁴⁾.

2. Rechtsprechung

Aus der Judikatur des RG lassen sich folgende Grundsätze ableiten²⁵⁾:

Gestaltende Akte einer mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Stelle sind grundsätzlich verbindlich²⁶⁾, eine Nachprüfung ihrer Recht-

20) v. 13. 12. 1935 (RGBI I S. 1451). Betr. Anordnungen zur Sicherstellung der Landesverteidigung; vorübergehend gegenstandslos, jedoch noch in Kraft.

21) In der Fassung v. 6. 12. 1937 (RGBI I S. 1319). Betr. Entscheidungen der zuständigen Landesbehörden (früher Reichsverkehrsminister) über Genehmigungen nach diesem Gesetz. Vgl. hierzu Urteil des Bayer. VGH v. 20. 9. 1951, abgedruckt bei *Oppelt*, Das Personenbeförderungsgesetz, Bielefeld 1952, S. 171 ff., das allerdings Bindung und Ausschluß des Rechtswegs verwechselt.

22) v. 4. 7. 1939 (RGBI I S. 1211). Betr. Anordnungen und Entscheidungen auf Grund dieses Gesetzes.

23) Das gilt insbesondere für die Bindungsvorschriften in den Beamten-gesetzen.

24) *Layer*, VVDStL Heft 5 S. 145; *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ, S. 6; vgl. auch *Stein-Jonas*, a. a. O. II, C 4 vor § 1.

25) Auf die Besonderheiten in der Rechtsprechung über die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten und bei der Amtshaftungsklage ist erst bei der Darstellung des Bindungsproblems in diesen Fällen einzugehen, vgl. unten S. 130 ff.

26) RGZ 101, 115 ff.; 103, 314 ff.; 105, 59 ff.; 106, 115 ff. (119); 116, 10; 161, 308 ff. (314).

mäßigkeit ist nicht erlaubt²⁷⁾. Begründet wird diese Meinung gelegentlich damit, daß der betreffende VA unanfechtbar sei²⁸⁾, prinzipiell wird aber der Rechtsprechung des RG die Auffassung zugrunde gelegen haben, daß die Selbständigkeit des Aufgabenbereichs der Verwaltung beeinträchtigt würde, wenn die Gerichte schrankenlos die Befugnis hätten, VAe für ungültig zu erklären²⁹⁾. Das RG hat daher immer abgelehnt, auf die Behauptung einzugehen, daß die Behörde wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt habe³⁰⁾. Nur für den Fall, daß die Behörde die Grenzen ihre sachlichen Zuständigkeit überschritten habe, verneinte das RG eine Bindung³¹⁾.

Feststellende Akte wurden vom RG als verbindlich bezeichnet, sofern sie eine (materiell-)rechtskräftige Entscheidung enthielten³²⁾. Sonst lehnte es eine Bindung an sie ab, weil es sich bei ihnen „nur um die lediglich beurteilende, die wirkliche Rechtslage unberührt lassende Überprüfung anderweit gewordener Rechtsvorgänge“ handele³³⁾.

Nach 1945 hat sich die Rechtsprechung durchweg die in der Wissenschaft seit langem übliche Unterscheidung zwischen nichtigen und sonstigen fehlerhaften VAen zu eigen gemacht³⁴⁾. Nichtigen Akten wird die Verbindlichkeit abgesprochen, im übrigen wird allgemein eine Bindung bejaht³⁵⁾. Inwieweit dies auch für feststellende VAe gelten soll, ist zweifelhaft. Der Bundesgerichtshof hat die Entscheidung der Bank Deutscher Länder, daß ein Rechtsgeschäft nicht unter die Militärregierungsgesetze 52

27) Die Abstellung auf Nachprüfbarkeit und Nichtnachprüfbarkeit ist ungenau. Das Gericht darf durchaus den VA auf seine Rechtmäßigkeit, insbesondere auf seinen Fehlergrad nachprüfen. Es handelt sich nicht um Grenzen der Prüfung, sondern der Bindung.

28) RGZ 101, 115 ff.

29) RGZ 161, 308 ff. (314).

30) RGZ 101, 115 ff.; 103, 314 ff.; 105, 59 ff.; 116, 10.

31) RGZ 101, 115 ff.; 103, 314 ff.; 105, 59 ff.; 106, 115 f. Vielfach findet sich dafür die Formulierung, daß die Behörde sich innerhalb ihrer gesetzlichen Befugnisse zu halten habe: RGZ 138, 67; vgl. ferner 106, 238 ff.; 116, 10; 119, 196; 129, 3. Hieraus könnte man den Schluß ziehen, daß VAe auf ungesetzlicher Grundlage nicht binden, das RG hat diese Auffassung in RGZ 140, 101 jedoch ausdrücklich als irrig bezeichnet. — Zum Problem des gesetzlosen VAes vgl. S. 127 N. 21.

32) RGZ 112, 50 ff.; 122, 94 ff.

33) RGZ 161, 308 ff. (314); ferner 99, 15 (Urteil des OVG!); 130, 410; 150, 81 ff. (86). — Zweifelhafte 131, 56 ff.

34) Die Grenze zwischen den beiden Gruppen wurde allerdings häufig abweichend von der h. L. gezogen, vgl. dazu unten S. 123.

35) Vgl. aus der reichhaltigen Rechtsprechung: OLG Frankfurt, NJW 1949 S. 429; OLG Celle, MDR 1949 S. 442; OLG Düsseldorf, DV 1949 S. 593; VGH Stuttgart, VRspr 2, 64; OLG Braunschweig, MDR 1950 S. 497; OLG Düsseldorf, MDR 1950 S. 686; OGHZ 4, 34; BGHZ 1, 146 ff.; 223 ff.; 2, 366 ff.; 4, 10 ff. (22), 68 ff., 77 ff. (82), 302 ff. (307).

und 53 fälle, für unüberprüfbar erklärt, da die Bedürfnisse des Wirtschaftslebens dies erforderten³⁶⁾, er hat aber andererseits bei einer Amtshaftungsklage die Entscheidung eines Regierungspräsidenten als unverbindlich bezeichnet, da VAe keine Rechtskraft besäßen³⁷⁾.

Es sei an dieser Stelle auch auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs^{27a)} hingewiesen, wonach Bescheinigungen von Verwaltungsbehörden über das Vorliegen von steuerrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen^{37b)} weder für Finanzbehörden noch für Finanzgerichte verbindlich sind, da es dem Sinn und Zweck des Steuerrechts und dem steuerlichen Verfahren widersprechen würde, „wenn der Staat die rechtliche Würdigung von Tatbeständen nicht den Behörden übertragen wollte, die für diesen Zweck geschaffen und deren Beamte für die Erfüllung dieses Zweckes ausgebildet sind“.

3. Lehre

In der Literatur wird vereinzelt behauptet, daß VAe nur dann die Gerichte binden, wenn dies ausdrücklich gesetzlich angeordnet sei³⁸⁾. Sonst wird jedoch allgemein die Meinung vertreten, daß die ordentlichen Gerichte Akte der Verwaltungsbehörden anzuerkennen bzw. ihre Nachprüfung zu unterlassen haben, kurz, an sie gebunden seien³⁹⁾. Dabei bleibt es allerdings weitgehend offen,

36) BGHZ 1, 295 ff. (301) = NJW 1951 S. 645 ff. mit zutreffender kritischer Besprechung von *Schulz*; zustimmend dagegen *Stein-Jonas*, a. a. O. II D 4. vor § 1, N. 107 d.

37) BGHZ 9, 129 ff. = JZ 1953 S. 410 mit kritischer Besprechung von *Bachof*, der sich besonders gegen die allgemeine Verneinung der materiellen Rechtskraft von VAen wendet.

37 a) Vgl. BStBl. 1951 III S. 243, 1953 III S. 358, 1954 III S. 189 und 303.

37 b) Z. B. nach § 7 c Einkommensteuergesetz und nach § 29 Abs. 2 Reichs-siedlungsgesetz.

38) *Giese*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1952, S. 15; *Seuffert-Walsmann*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1932, Anm. 2 b zu § 148. — *Stein-Jonas*, a. a. O., II D 4. vor § 1 beschränkt sich offensichtlich auf feststellende Akte.

39) Vgl. aus der umfangreichen Literatur: *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 377 ff. (388 ff.); JZ 1952 S. 211 ff.; *Baur*, DRZ 1949 S. 395 ff. (397); *Bettermann*, MDR 1947 S. 44 ff., 224 ff.; MDR 1949 S. 394 ff.; *Böttcher*, DV 1950 S. 321 ff.; *Fleiner*, a. a. O. S. 18; *Forsthoff*, a. a. O. S. 85; *Hatschek*, a. a. O. S. 26 ff. (H. stellt allerdings den Grundsatz der Nichtbindung auf, er durchbricht ihn aber so weitgehend, daß er im Ergebnis das Prinzip der Bindung vertritt); *Haueisen*, NJW 1953 S. 124; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 17 ff.; *Kelsen*, Justiz und Verwaltung, Zeitschrift für Soziales Recht, Wien, 1929 S. 80 ff. (86); *Klein*, Untersuchungen, S. 17 ff.; *Kormann*, JöR Bd. 7 S. 13 ff.; *Kreft*, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Göttinger Dissertation, 1928, S. 17; *Layer*, a. a. O. S. 174 ff.; *Otto Mayer*, a. a. O. S. 179; *Rosenberg*, a. a. O. S. 47 f.; *Schmidt*, a. a. O. S. 11 ff., 54 ff.; *Schönke*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts,

ob man nur gestaltende Akte im Auge hat, oder auch die feststellenden mit einbeziehen will⁴⁰⁾. Soweit zur Bindung an feststellende VAe ausdrücklich Stellung genommen wird, macht man sie häufig von einer eventuellen materiellen Rechtskraftwirkung des Aktes abhängig⁴¹⁾ oder stellt auf die Verhältnisse des Einzelfalles ab, bei dem sich eine Bindung aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Regelung ergeben könne⁴²⁾.

Im übrigen leiten die meisten Autoren die Bindung aus der sogenannten Tatbestandswirkung ab⁴³⁾, gelegentlich wird auf die Gewaltentrennung verwiesen⁴⁴⁾ oder auch auf die Zuständigkeitsverteilung im Staat⁴⁵⁾. Nach 1945 ist allgemein die Frage der Bindung vom Prozeßrecht auf das materielle Verwaltungsrecht verschoben⁴⁶⁾ und die Frage der Bindung mit der Wirksamkeit des Aktes verknüpft worden; es wird jetzt überwiegend gelehrt,

7. Auflage, Karlsruhe 1951, S. 58; *Stein*, a. a. O. S. 104 ff.; *v. Turegg*, JR 1950 S. 432 ff.; Lehrbuch S. 52; *Ule*, ZJBIRz 1949 S. 62; 10. Beiheft zur DRZ S. 5 ff., 13 ff. — Nicht eindeutig ist *Nebinger*, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949, S. 30, der auf Bindungsvorschriften verweist und dann den Fall anführt, daß die Frage, ob es sich um einen öffentlichen Weg handele, für das Gericht präjudiziell sei; hier binde der rechtsgestaltende (?) Akt. —

In der nationalsozialistischen Zeit wurde unter Hinweis auf das Führerprinzip die bindende Kraft aller VAe von der ganz herrschenden Lehre vertreten. vgl. statt aller E. R. *Huber*, DR 1935 S. 403, der sogar den Gerichten das Recht abspricht, die Nichtigkeit eines VAes inzidenter festzustellen. —

Zum österreichischen Recht vgl. *Spanner*, JBl 1952 S. 360 ff.; zum Schweizer Recht *Bascho*, a. a. O. S. 68, S. 86 ff.

40) Ausdrücklich auf gestaltende Akte beschränken sich: *Layer*, a. a. O.; *Rosenberg*, a. a. O.; *Schönke*, a. a. O.; *Stein*, a. a. O. — Auf die Notwendigkeit einer besonderen Beurteilung feststellender Akte macht aufmerksam *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 493 N. 87 und DÖV 1951 S. 477 ff. (479).

41) *Layer*, a. a. O.; *v. Turegg*, JR 1950 S. 432 ff. (materielle Rechtskraft komme VAen nicht zu mit Ausnahme der gestaltenden und feststellenden); vgl. auch *Bachof*, SJZ 1950 S. 493 N. 87. — *Schmidt*, a. a. O. S. 54 ff. stellt darauf ab, ob die Entscheidung zwischen streitenden Teilen in einem festgeordneten Verfahren ergeht.

42) *Stein-Jonas*, a. a. O. II D 4. vor § 1.

43) Ursprünglich von *Kormann*, a. a. O. entwickelt, vgl. dazu die folgenden Kapitel.

44) Allerdings mit theoretisch ganz gegensätzlichen Ergebnissen: *Hatschek*, a. a. O. folgert aus ihr ein Prinzip allgemeiner Nichtbindung, *Fleiner*, a. a. O. die generelle Bindung. Durch Ausnahmen bei beiden Autoren ist jedoch das praktische Ergebnis das gleiche. — Aus der Parität von Justiz und Verwaltung schließen auf gegenseitige Bindung *Kelsen*, a. a. O. und *Bascho*, a. a. O. Neuerdings vertritt *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 691 f. die Ansicht, daß die Frage der Inzidentkontrolle unmittelbar aus dem Verhältnis der Staatsfunktionen zueinander beantwortet werden könne, während *Böttcher*, Rechtskraft, S. 20 ff. und DVBl 1950 S. 321 ff. (326); *Friesenhahn*, Justiz und Verwaltungsschutz, S. 121 und *Baur*, DRZ 1949 S. 395 das leugnen.

45) *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 388 ff.

46) *Bettermann*, MDR 1949 S. 394 ff.; *Tiedau*, MDR 1954 S. 267, N. 4.

daß der nichtige Akt nicht binde, jedoch alle anderen VAe (einschließlich der sonst rechtswidrigen) verbindlich seien. Dabei blickt man wohl nur auf die gestaltenden Akte. Gelegentlich wird aber auch darauf aufmerksam gemacht, daß die Fälle der Zivilprozeßsachen kraft Zuweisung und die Amtshaftungsklagen einer besonderen Beurteilung bedürfen, da bei ihnen die Entscheidung auch von der Rechtmäßigkeit des VAes abhängen könne ⁴⁷⁾.

TEIL I

Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten

A. Fernwirkungen des Verwaltungsaktes

6. Kapitel

Beweiswirkung

1. Nach der Lehre *Otto Mayers* ¹⁾ besteht auch ein fehlerhafter VA vorerst zu recht, als wäre er fehlerfrei (soweit er nicht unwirksam ist), und zwar solange, bis er durch die Behörde oder ein Verwaltungsgericht aufgehoben wird. *Otto Mayer* meint, daß sich hier die grundsätzliche Verschiedenheit des Rechtswertes einer Willenserklärung der Obrigkeit von dem der Rechtsgeschäfte des Einzelnen zeige. „Die letzteren sind wirkungslos, wenn sie nicht ihre Rechtmäßigkeit nachweisen. Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, bezeugt damit zugleich, daß die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ²⁾ ihrer Akte gegeben sind. Diese Selbstbezeugung und damit die Wirksamkeit des Aktes kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit.“ Der obrigkeitliche Einzelakt habe eine bindende Kraft wie das rechtskräftige Urteil.

Im Anschluß hieran hat die herrschende Theorie und Rechtsprechung die Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit (hier im Sinne von Wirksamkeit) aller Hoheitsakte entwickelt ³⁾.

47) *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 388 ff., JZ 1952 S. 211 ff.; *Tiedau*, MDR 1954 S. 267 ff.; ähnliche Gedanken finden sich schon bei *O. Mayer*, a. a. O.

1) a. a. O. S. 95 f.; ihm hat sich im wesentlichen angeschlossen *Kormann*, System, S. 199 ff., 216 ff. — Kritisch zur Lehre von der „Selbstbezeugung“ *Kelsen*, GrünhZ 1914 S. 1 ff (81) und *Justiz und Verwaltung*, a. a. O. S. 91; *Andersen*, a. a. O. S. 62; *Böttcher*, Rechtskraft, S. 7 f.; *Bettermann*, MDR 1949 S. 394 ff. (395).

2) Im Sinne von Rechtmäßigkeit.

3) Vgl. *Andersen*, a. a. O. S. 66 ff.; *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 389; *Bender*, DVBl 1953 S. 33 ff. (34); *Forsthoff*, a. a. O. S. 185; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 694; *W. Jellinek*, OVG-Festgabe, S. 100 ff., Verwaltungsrecht, S. 246 f.; *Krusch*, a. a. O. S. 43 ff.; *Menger*, System, S. 174, 177; *Niese*, a. a. O.

2. *Ernst v. Hippel*⁴⁾ hat zu Recht diese Wertung, die dem Staatswillen einen höheren Rang zuweist als dem Privatwillen, diese Parteinahme für den Staat auch dort, wo er unrecht hat, als Einnahme eines kollektivistischen Standpunkts bezeichnet. Im Grunde ist die Lehre von der Selbstbezeugung in dem Glauben verwurzelt, daß der Staat schon richtig handeln werde, daß er die Verkörperung des Rechtlichen an sich sei. Die Erfahrung hat die Fragwürdigkeit dieser Grundhaltung dargetan; aber auch früher schon hat sich *Stein*⁵⁾ gegen den Hymnus auf den alle bindenden Staatsbefehl (*Laband*⁶⁾) gewandt⁷⁾.

*Herrnritt*⁸⁾ und *Bettermann*⁹⁾ haben andererseits den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in den Vordergrund gestellt. Da das Recht für den VA Quelle der Wirkung sei (für die privatautonome Gestaltung dagegen nur Schranke), spreche ein Fehler eher für die Unwirksamkeit als bei einem Privatakt⁹⁾. Auch könne im Privatrecht der Anfechtbarkeit (und damit der Willkür des Einzelnen) weit eher Raum gelassen werden als im Verwaltungsrecht, wo das öffentliche Wohl die Nichtigkeit des unrechtmäßigen Aktes erfordere⁸⁾.

Aus der bloßen Tatsache *staatlichen* Handelns werden also ganz entgegengesetzte Schlüsse für die Wirksamkeit eines Staatsaktes gezogen. Eines ist aber dabei festzuhalten: Auch diejenigen, die dem VA eine besondere Kraft zuschreiben¹⁰⁾, schließen davon be-

S. 119; v. *Turegg*, Verwaltungsrecht, S. 123; *Schmidt*, a. a. O. S. 49 (jeder Staatsakt stellt die Rechtmäßigkeit seines Vorhandenseins bindend fest!); *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ, S. 15. Preuß. OVG 77, 161; 84, 176; OVG Münster, VRspr. 2, 315; BVerwGE 1, 67; BGHZ 1, 67; BGHZ 1, 223 ff. (225); 4, 10 ff. (22).

Gegen diese Lehre *Bettermann*, Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 378 ff.

4) Staatsakt, S. 53.

5) a. a. O. S. 104.

6) Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen 1901 2. Bd. S. 178 f., 3. Bd. S. 356.

7) Auf die Kritik *Kelsens*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 87, an der „Präsumption der Rechtmäßigkeit öffentlicher Akte“ kann hier nur verwiesen werden. Sie bekämpft vornehmlich den „naturrechtlichen“ Durchbruch der positiven Staats- und Rechtsordnung durch eine Lehre, der es einer positiv-rechtlichen Stütze ermangele. — Vgl. zu der im Grundsätzlichen damit zusammenhängenden Lehre von der Nichtigkeit jedes fehlerhaften Staatsaktes unten S. 127 N. 21.

8) Grundlehren des Verwaltungsrechts, S. 284 f. N. 7.

9) MDR 1949 S. 394 ff. (395 f.); vgl. auch Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 378 ff.

10) Mit dieser Ansicht steht übrigens die Nichtigkeit jeder rechtswidrigen Norm in einem schwer zu vereinbarenden Widerspruch. Die Meinung W. *Jellineks*, daß der gesetzwidrigen VO im Gegensatz zum VA die Fehlerhaftigkeit auf die Stirn geschrieben stehe (Gesetz, Gesetzesanwendung und Gesetzmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913, S. 208 f.), vermag jedenfalls nicht zu überzeugen, da die Rechtswirklichkeit anders ist.

sonders fehlerhafte — nichtige — Akte aus. Das beweist aber, daß der Staatsakt eben nicht seine Rechtmäßigkeit bezeugt. Vielmehr zeigt dies alles nur, daß die Grenzen zwischen wirksamen und nichtigen Akten anders als die zwischen rechtmäßigen und fehlerhaften verlaufen. Dies und die Grenzziehung im einzelnen beruht anerkanntermaßen auf Gewohnheitsrecht. Diese Sätze des Gewohnheitsrechts hängen ab und werden beeinflußt von der verfassungsrechtlichen Grundkonzeption über das Verhältnis zwischen Staat und Bürger und der Regelung des Rechtsschutzes gegen Hoheitsakte. Das Schlagwort von der „Selbstbezeugung“ hilft uns in diesem schwierigen Rechtsgebiet nicht weiter.

3. Auch die Lehre von der Vermutung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des VAes erweist sich als nicht begründet.

*Rosenberg*¹¹⁾ hat dargelegt, daß nirgends eine solche Sprachverwirderung und Begriffsverwirrung herrsche wie in der Lehre von den Vermutungen. Er unterscheidet als Hauptgruppen die Tatsachenvermutungen, bei denen das Vorliegen einer Tatsache aus einem tatbestandsfremden Umstand erschlossen, und die Rechtsvermutungen, bei denen aus einer festgestellten Tatsache auf das Bestehen eines Rechts geschlossen werde. Die Fiktionen rechnet er nicht zu den Vermutungen¹²⁾, da sie nur ein Mittel vereinfachter Gesetzgebungstechnik seien; wir können sie auch hier aus der weiteren Betrachtung ausschließen, da es sich bei der sogenannten Vermutung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von Hoheitsakten sicherlich weder um Fiktionen noch um unwiderlegbare Vermutungen handelt¹³⁾.

Die Wirkung der Vermutung besteht im wesentlichen in der Veränderung des Beweisthemas und damit zugleich der Behauptungs- und Beweislast¹⁴⁾.

Für uns ist entscheidend, daß nicht nur der Gegenbeweis bezüglich des tatbestandsfremden Umstandes zulässig ist, sondern auch

11) Die Beweislast, 3. Auflage, München 1953, S. 197 ff.

12) Er erklärt allerdings auch, daß sie identisch mit den sog. unwiderleglichen gesetzlichen Vermutungen, den *praesumptiones juris et de jure*, seien (a. a. O. S. 211).

13) *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 247, spricht zwar von der unwiderlegbaren Vermutung hinsichtlich des gestaltenden Aktes, räumt aber zugleich ein, daß sie nicht gelte, wenn der VA nichtig sei. Es hat aber keinen Sinn, von einer unwiderlegbaren Vermutung für die Wirksamkeit zu sprechen, wenn diese Vermutung durch Unwirksamkeit widerlegt werden kann.

14) *Rosenberg*, a. a. O. S. 214 ff., 228 ff. — Vgl. auch *Enneccerus-Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Tübingen 1952, S. 117 N. 8: „Es handelt sich um Regeln, nach denen bei Vorhandensein bestimmter Tatsachen eine Tatsache oder ein Recht als gegeben betrachtet wird, solange nicht ein Gegenbeweis geführt wird. Wer die fraglichen Tatsachen für sich hat, braucht keinen Beweis zu führen.“

jederzeit der Beweis des Gegenteils¹⁵⁾). Derjenige, für den das Nichtvorliegen der Tatsache bzw. das Nichtbestehen des Rechts günstig ist, hat dafür die Behauptungs- und Beweislast, wenn kraft der Vermutung das Vorliegen der Tatsache oder das Bestehen des Rechts angenommen wird.

Dies alles ist bei der sog. Vermutung der Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit anders. Weder wird von einer erwiesenen Tatsache auf das Vorhandensein der zu beweisenden Tatsache oder auf ein Recht geschlossen, noch besteht eine Behauptungs- oder Beweislast für denjenigen, für den die Unrechtmäßigkeit oder Unwirksamkeit des Staatsaktes von Nutzen wäre. Die Entscheidung darüber, ob ein Staatsakt rechtmäßig bzw. wirksam ist, gehört vielmehr allein zur Rechtsanwendung, die dem Beweisverfahren entzogen ist¹⁶⁾. Aus dem gleichen Grund handelt es sich nicht um eine Auslegungsregel¹⁷⁾ in dem Sinne, daß im Zweifel ein Staatsakt als rechtmäßig und wirksam zu gelten habe. Denn auch hier hat derjenige, der eine von der Regel abweichende Auslegung für sich in Anspruch nimmt, die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß die regelmäßige Auslegung nicht Platz greift¹⁸⁾.

4. Allerdings besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Wirksamkeit und auch die Rechtmäßigkeit eines VAes. Das gleiche gilt aber auch für den Privatakt. Unsere doch in weitestem Maße durch die Privatrechtsordnung bestimmten rechtlichen Beziehungen zueinander würden unerträglich leiden und unser ganzes Wirtschaftsleben wäre gehemmt, wenn es anders wäre¹⁹⁾. In der Beweislehre des Zivilprozeßrechts spricht man in ähnlichen Fällen von der „Regel des Lebens“ oder von „tatsächlichen“ Vermutungen²⁰⁾. Wenn wir diese Begriffe in unserem Zusammenhang verwenden würden, so wäre damit nicht viel gewonnen. Selbstverständlich muß derjenige, der die Rechtswidrigkeit eines VAes geltend machen will — sofern dem VA nicht dieser Makel „auf die Stirn geschrieben steht“ — Fehler behaupten und Tatsachen anführen, auf die der Richter sein Urteil gründen kann. Wenn

15) *Rosenberg*, a. a. O., S. 220, 230.

16) *Unklar Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2. Bd. S. 694. Er sagt, die Vermutung der Gültigkeit könne durch den Nachweis der Fehlerhaftigkeit widerlegt werden.

17) Ob diese zu den Vermutungen zu rechnen sind, ist bestritten; vgl. dazu *Rosenberg*, a. a. O. S. 209.

18) *Rosenberg*, a. a. O. S. 295 ff.

19) In diesem Sinne spricht der Bundesfinanzhof auch davon, daß Verträge die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich haben; vgl. *Friedrich*, NJW 1953 S. 728 ff. (729).

20) *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 529 nennt diesen Ausdruck „irreführend“, weil man daraus schließen könne, daß auch eine tatsächliche Vermutung die Regeln über die Beweislast abändern könne. Das ist natürlich nicht der Fall.

prima facie keine Mängel erkennbar sind, so muß im Zivilprozeß derjenige, der Folgen aus der Fehlerhaftigkeit ableiten will, das Vorliegen von Tatsachen beweisen, aus denen sich die Unrechtmäßigkeit des VAes ergibt. Weitgehend wird die Lebenserfahrung für rechtmäßiges Handeln der Behörden sprechen²¹⁾; daher wird im allgemeinen derjenige, der einen VA zu seinen Gunsten im Prozeß verwenden will, nicht besonders seine Rechtmäßigkeit behaupten und beweisen müssen. Es kann im Einzelfall aber auch anders sein, so dürfte z. B. hinsichtlich der Beschlagnahme von Kraftfahrzeugen in den ersten Jahren nach dem 2. Weltkrieg keine „tatsächliche Vermutung“ für die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen sprechen. In einem solchen Fall muß verlangt werden, daß die betreffende Partei im einzelnen die Tatsachen vorträgt und nötigenfalls auch beweist, aus denen das Gericht auf die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit des VAes schließen kann. Dort, wo nichts für eine Rechtswidrigkeit spricht, sind wir freilich berechtigt zu „vermuten“, daß ein Hoheitsakt ebenso wie ein privates Rechtsgeschäft rechtmäßig ist. Eine solche „Vermutung“ beruht jedoch auf einer statistisch nachweisbaren Wahrscheinlichkeitsrechnung, ohne daß sich an sie rechtliche Folgerungen für den Zweifelsfall knüpfen könnten.

5. Es gibt daher keine Rechtsvermutung für die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns. Ob ein VA fehlerhaft ist oder nicht, muß der Richter genau so prüfen, wie er feststellen muß, ob ein Privatrechtsgeschäft den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Für das Ergebnis spielt eine Vermutung keine Rolle, damit darf er sich nicht begnügen; er ist vielmehr verpflichtet, der Sache auf den Grund zu gehen²²⁾. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Praxis der Verwaltungsgerichte so verfährt und ihre Entscheidungen nicht unter Zuhilfenahme einer Vermutung für die Rechtmäßigkeit des VAes begründet werden. Bestände aber tatsächlich eine Rechtsvermutung, so müßte sie allgemein gelten. Da dies nicht der Fall ist, muß auch der Zivilrichter die Rechtswidrigkeit eines VAes wie der Verwaltungsrichter feststellen. Ob ein rechtswidriger Akt binden kann, ist freilich eine andere Frage, das Bindungsproblem kann jedoch nicht dadurch umgangen werden, daß man die Rechtswidrigkeit leugnet.

6. Auch eine Vermutung der Wirksamkeit von VAen besteht nicht. Es ist nicht richtig, wenn man dem Staatsakt einen stärkeren Bestandsschutz gegenüber dem privaten Rechtsgeschäft zu-

21) Das bezweifelt allerdings *Bettermann*, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 379. Er trennt an dieser Stelle aber wohl nicht scharf zwischen einer rein tatsächlichen Vermutung im Sinne von Wahrscheinlichkeit und einer Rechtsvermutung.

22) *Baur*, DRZ 1949 S. 397.

erkennt. Der Hinweis darauf, daß im Privatrecht alle rechtlichen Voraussetzungen Wirksamkeitsvoraussetzungen sind, während dies beim Hoheitsakt nicht so sei²³⁾, übersieht die grundlegend andere Struktur des Privat- gegenüber dem Verwaltungsrecht. Das bürgerliche Recht ist in weitem Ausmaß dispositiv, eine Regelung abweichend vom Gesetz hat also überhaupt keine Bedeutung. Die verhältnismäßig wenigen zwingenden Normen, die das Gerüst der Privatrechtsordnung darstellen, müssen notwendig bei ihrer Verletzung die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen. Im Privatrecht steht grundsätzlich der freie Wille des Einzelnen im Vordergrund. Im Verwaltungsrecht jedoch muß jeder Akt einer Norm entsprechen²⁴⁾. Ein VA darf nur auf Grund einer bestimmten gesetzlichen Regelung ergehen, eine Willenserklärung als solche schafft noch keinen rechtmäßigen Akt, während sie im Privatrecht gerade identisch mit dem Rechtsgeschäft ist. Ein Vergleich dieser beiden Teilrechtsordnungen ist daher für unseren Problemkreis nicht fruchtbar.

Die Fehlerfolgen sind — ohne daß es sich dabei um eine besondere Vermutung zugunsten des Staatsaktes handeln würde — im Verwaltungsrecht mit Rücksicht auf die ganz verschiedenartigen Belange, Interessenlagen und Zwecke andere als im bürgerlichen Recht. Dies ist jedoch nicht in dem Sinne zu verstehen, daß bei vergleichbaren Tatbeständen die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes eher einträte als die eines VAs. Vielmehr gibt es durchaus auch das Gegenteil. So ist z. B. ein Rechtsgeschäft, das durch Drohung zustande kam, nur anfechtbar (§ 123 BGB), während der durch Drohung erwirkte VA nichtig ist²⁵⁾.

Es besteht somit keine Vermutung der Wirksamkeit des VAs gegenüber dem Privatrechtsgeschäft; nur die Voraussetzungen der Wirksamkeit sind im Verwaltungsrecht andere als im Privatrecht. Allerdings werden die Grenzen zwischen den wirksamen und den nichtigen VAen überwiegend nicht durch das geschriebene Recht gezogen und daher entstehen häufig Grenzstreitigkeiten. Diese sind jedoch nicht mit Hilfe einer Vermutung für die Wirksamkeit oder mit dem Hinweis auf die Autorität, die der Akt in sich trage, zu

23) Bötticher, Rechtskraft S. 10 ff.; Forsthoff, a. a. O. S. 185.

24) Forsthoff, a. a. O. S. 185, vertritt demgegenüber die Meinung, daß sich die Verwaltung nicht im Verhältnis absoluter Abhängigkeit zur normativen Lage befinde, sondern ihr eigenständig gegenüber stehe. Der VA gelte nicht darum, weil er die Emanation einer Norm sei, sondern weil die staatliche Autorität ihm Geltung verleihe. — Dazu darf auf die folgenden Ausführungen und ferner auf S. 108 ff. verwiesen werden.

25) Forsthoff, a. a. O. S. 200; v. Hippel, Staatsakt, S. 123 ff.; Huber, a. a. O. S. 738; W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung, S. 111 f. — a. M. Kormann, System, S. 298 f., auf Grund der Gleichsetzung von bürgerlich-rechtlichem Rechtsgeschäft und „rechtsgeschäftlichem“ Staatsakt.

lösen. Vielmehr hat der Richter auch in Zweifelsfällen die Pflicht, eine Einordnung in die eine oder andere Kategorie auf Grund des festgestellten Sachverhaltes vorzunehmen, ohne daß er einer exakten sachlichen und rechtlichen Prüfung durch die Berufung auf eine Rechtsvermutung ausweichen könnte.

7. Kapitel

Tatbestandswirkung

1. Bestimmte Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an Staatsakte knüpft, werden unter der Bezeichnung „Tatbestandswirkung“¹⁾ zusammengefaßt²⁾. Hierher gehören z. B. folgende Fälle: An die Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe schließt sich die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter an³⁾, an die Verurteilung wegen bestimmter Delikte die Versagung des Wandergewerbescheines⁴⁾, an das rechtskräftige Zivilurteil die Verjährungsfolgen des § 218 BGB, an den Schuldspruch im Scheidungsurteil die Unterhaltungspflicht⁵⁾, an die Feststellung des Ehebruchs im Scheidungsurteil das Verbot der Eheschließung mit dem Ehebrecher⁶⁾ und die Möglichkeit, die Tat als Ehebruch zu verfolgen⁷⁾.

2. Das Wesen dieser Wirkung besteht darin, daß die bloße Existenz des Staatsaktes Rechtsfolgen auslöst. Leider wird weithin

1) Der Ausdruck stammt von *Wach*, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1885 Bd. I, S. 626. *Wach* hatte allerdings nicht die hier beschriebenen Fälle im Auge.

2) Die Bezeichnung in dem hier vertretenen Sinn verwenden u. a.: *Goldschmidt*, AcP 117, 7 ff.; *Kisch*, Beiträge zur Urteilslehre, Tübingen 1903, S. 36; *Nikisch*, Zivilprozeßrecht, S. 409; *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 688; *Richard Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906, S. 855 N. 3; *Schönke*, a. a. O. S. 315; *Stein-Jonas*, a. a. O. II zu § 322; *Stein*, a. a. O. S. 94 ff.

Georg Kuttner hat in seinen beiden Schriften „Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile“, München 1908, und „Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses“ (hier insbes. S. 20 ff.) die Tatbestandswirkung eingehend untersucht. Er benutzt allerdings aus sprachlichen Bedenken den Ausdruck „Nebenwirkungen“, da man sonst meinen könne, „es handle sich hier um Wirkungen des ‚Tatbestandes‘ des Urteils (im Sinne des § 313 Nr. 3 ZPO)“. Er weist auch darauf hin, daß es sprachwidrig sei, „die Wirksamkeit eines Urteils als eines zivilistisch erheblichen Tatbestandsmoments mit dem Ausdruck Tatbestandswirkung des Urteils“ zu bezeichnen. Trotz dieser Bedenken soll hier dem allgemeinen Sprachgebrauch gefolgt werden. In der Sache unterscheiden sich Neben- und Tatbestandswirkung nicht. — Der gelegentlich verwendete Begriff der „Reflexwirkung“ kann hier außer Betracht bleiben.

3) § 31 StGB.

4) §§ 57 Ziff. 3 Gewerbeordnung.

5) §§ 58 Ehegesetz.

6) § 6 Ehegesetz.

7) § 172 StGB.

diese Beschränkung der Tatbestandswirkung auf diejenigen Wirkungen, die sich an den Erlaß des Aktes anschließen, nicht hinreichend beachtet. Es besteht daher um der begrifflichen Klarheit willen Anlaß zu betonen, daß Anknüpfungspunkt für die Tatbestandswirkung das Vorhandensein des Aktes ist⁸⁾. Die vom Inhalt des Aktes ausgehenden Wirkungen müssen hierbei unbeachtet bleiben⁹⁾.

Der Unterschied zwischen den Rechtsfolgen, die vom äußeren Vorhandensein des Aktes ausgehen, und denjenigen, die der Inhalt ausstrahlt, mag durch folgendes Beispiel anschaulich gemacht werden:

Wird gemäß § 624 ZPO die Person des Ehebrechers im Urteil festgestellt, so genügt die bloße Existenz dieser Feststellung für das Verbot der Eheschließung zwischen den beiden Ehebrechern. Es handelt sich hier um eine Tatbestandswirkung der Urteilsfeststellung. Weder der Standesbeamte bei der Eheschließung, noch der Richter bei der Nichtigkeitsklage¹⁰⁾ haben zu prüfen, ob diese Feststellungen auch inhaltlich richtig sind¹¹⁾. Auch wenn sie überzeugt sind, daß das Urteil falsch ist, müssen sie das Vorhandensein einer derartigen Feststellung anerkennen und bei ihrer Entscheidung davon ausgehen. Nicht die inhaltliche Richtigkeit, sondern die Existenz des Urteilsausspruches ist Grundlage ihrer Entscheidung. Anders ist es bei einer Anklage wegen Ehebruchs. Die Feststellung des Scheidungsurteils, daß die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden wurde, der Gegenstand der Anklage ist, hat allerdings auch eine Tatbestandswirkung. Diese Feststellung ist nämlich nach § 172 StGB Voraussetzung der Strafverfolgung wegen Ehebruchs. Es kommt dabei nur auf das Vorhandensein eines entsprechenden Urteils, nicht auf seine Richtigkeit an. Für die entscheidende Frage, ob der wegen Ehebruchs Angeklagte auch zu verurteilen ist, spielt diese Tatbestandswirkung jedoch keine Rolle. Der Strafrichter hat nicht deshalb zu verurteilen, weil das Zivilurteil eine bestimmte Feststellung getroffen hat, sondern weil er von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist. Für die Frage der Verurteilung wegen Ehebruchs geht es nicht darum, ob das Zivil-

8) *Stein*, a. a. O. S. 110: Tatbestandswirkung ist „die Berücksichtigung der Tatsache einer Entscheidung“.

9) *Coester*, Die Rechtskraft der Staatsakte, München 1927, trennt wie hier die Wirkungen, die vom Inhalt, von denen, die von der Staatsaktatatsache ausgehen. Die Folgerungen, die er aus dieser Unterscheidung zieht, sind im Einzelnen allerdings andere, als ich sie für richtig halte.

10) § 22 Ehegesetz.

11) Allgemeine Meinung; vgl. *Kuttner*, Urteilswirkungen, S. 34 ff.; *Hefermehl* bei *Ermann*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Münster 1952, Anm. 2 zu § 6 Ehegesetz; *Lauterbach* bei *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, München 1955, Anm. 2 zu § 6 Ehegesetz.

gericht etwas festgestellt hat, sondern darum, ob diese Feststellung inhaltlich richtig ist. Wird dies vom Strafrichter verneint, so muß er freisprechen. Eine bindende vom Inhalt ausgehende Wirkung hat das Scheidungsurteil für ihn nicht¹²⁾.

3. Da es sich bei der Tatbestandswirkung um die Wirkung handelt, die von der Tatsache des Vorhandenseins eines Aktes ausgeht¹³⁾, spielt sie für die Frage der Bindung keine Rolle¹⁴⁾. Die Existenz des Aktes als historisches Ereignis ist Anknüpfungspunkt für die Rechtsfolgen, die wir als Tatbestandswirkung bezeichnen. Damit ist von vornherein ausgeschlossen, daß der Richter etwa prüfen könne oder müsse, ob die tatsächlichen Unterlagen und die Erwägungen der Verwaltungsbehörde einen VA zu rechtfertigen vermögen, da es gar nicht um den Inhalt, sondern nur um die Tatsache der Existenz geht. Die Richtigkeit der im VA ausgesprochenen Schlußfolgerung nachzuprüfen, ist dem Richter bei der Tatbestandswirkung also verwehrt. Dies gilt natürlich nur, soweit die Tatbestandswirkung reicht. Dabei sind äußeres Vorhandensein und Inhalt des VAs scharf auseinanderzuhalten. Allerdings betrifft auch die Tatbestandswirkung keinen VA an sich, sondern immer einen VA mit bestimmtem Inhalt; aber aus der logischen Verpflichtung, die Existenz dieses bestimmten Aktes anzuerkennen, folgt noch nicht die Bindung an seinen Inhalt. Dieser Unterschied wird auch deutlich bei der Rechtskraftwirkung des Zivilurteils. Niemand kann leugnen, daß ein bestimmtes Urteil ergangen ist und jedermann muß daher auch die Folgen in Kauf nehmen, die sich an das bloße Vorhandensein des Urteils knüpfen¹⁵⁾. Eine Bindung an den Inhalt kommt jedoch nur für die Personen in Frage, auf die sich die Rechtskraft erstreckt¹⁶⁾. Nur wenn Personen, auf die sich die Rechtskraft erstreckt, denselben Streitgegenstand erneut zur Entscheidung stellen, ist der Richter an das erste Urteil gebunden. Ebenso muß der Zivilrichter — wie überhaupt jedermann — anerkennen, daß ein bestimmter VA ergangen ist. Er kann auch nicht den Rechtsfolgen ausweichen, die sich an

12) Allgemeine Meinung; vgl. *Schönke-Schröder*, Strafgesetzbuch, 6. Auflage, München 1952, Anm. 5 zu § 172.

13) *Ipsen*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 28, versteht unter Tatbestandswirkung allerdings die formelle Rechtskraft, die in der weiteren Unanfechtbarkeit bestehe. Mit dieser Meinung steht *Ipsen* aber allein.

14) Wollte man in diesen Fällen von „Bindung“ sprechen, dann müßte man auch sagen, daß bei der Zuerkennung einer Kaufpreisforderung der Richter an den Abschluß eines Kaufvertrages „gebunden“ sei. Das widerspricht dem Sprachgebrauch. — *Stein*, a. a. O. S. 98 sagt daher: „Von Kritik, Nachprüfung oder Bindung ist nicht die Rede.“

15) Vgl. hierzu die in N. 2 genannten Werke *Kuttners*.

16) § 325 ZPO.

die bloße Existenz des VAes anschließen¹⁷⁾). Über die Bindung an den Inhalt des VAes ist damit noch nichts gesagt.

4. Wir haben oben darauf hingewiesen, daß sich die Tatbestandswirkung immer auf einen bestimmten Akt bezieht. Im allgemeinen wird sie auch nur von wirksamen Akten ausgehen, obwohl auch nichtige Akte Tatbestandswirkung haben können. Aus der Wirksamkeit des Aktes können jedoch noch keine Schlüsse auf seine Wirkungen gezogen werden. Das hat für das Zivilurteil *Böttcher*¹⁸⁾ zu Recht betont: Aus dem Begriff der Wirksamkeit des Urteils „ergibt sich als solchem noch gar nichts für Inhalt, Richtung und Zahl der Rechtswirkungen, die sich an den gültigen Richterspruch anknüpfen“¹⁹⁾. Wenn die Tatbestandswirkung auch zumeist nur von wirksamen Akten ausstrahlt, so ist Ausgangspunkt doch immer nur die Tatsache, daß ein bestimmter wirksamer Akt erlassen wurde. Auch wenn die Wirksamkeit des VAes Vorbedingung seiner Tatbestandswirkung ist, so schließt sich an die Wirksamkeit noch nicht die Bindung an den Inhalt des behördlichen Ausspruches an²⁰⁾.

5. Die staats- und verwaltungsrechtliche Literatur läßt die scharfe Trennung zwischen Anerkennung des Vorhandenseins des Verwaltungsaktes und Bindung an seinen Inhalt vermissen²¹⁾. Sie behauptet, die Frage der Bindung an Verwaltungsakte mit der Tatbestandswirkung des VAes erklären und bejahen zu können²²⁾. Diese Lehre geht auf *Kormann* zurück²³⁾. Er²⁴⁾ bezeichnet als Tatbestandswirkung die Wirkung, „die ein Staatsakt als solcher durch die bloße Tatsache seines Vorhandenseins hat“²⁵⁾. Diese Definition stimmt mit der von uns gefundenen Formulierung

17) Vgl. *Kuttner*, Nebenwirkungen S. 181 ff. Das dort Ausgeführte gilt mutatis mutandis auch für VAes.

18) Rechtskraft S. 9.

19) Vgl. hierzu auch oben S. 22 N. 26.

20) Unrichtig daher *Tiedau*, MDR 1954 S. 267 N. 4, der es als nur terminologische Frage bezeichnet, ob man von Bindung oder von den Wirksamkeitsbedingungen des Aktes spreche.

21) Allerdings ist auch sonst die Grenzziehung nicht immer klar. So z. B. bei *Kuttner*, Nebenwirkungen S. 34, wenn er sagt, für die Herausgabeansprüche der §§ 1421, 1422 BGB sei das Aufhebungsurteil nach § 1418 BGB materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung, und offenbar meint, die Herausgabeansprüche seien eine Tatbestandswirkung (Nebenwirkung) des Urteils. Diese Rechtsfolgen knüpfen sich aber an den Inhalt des Urteils (Gestaltungswirkung). Nicht weil das Urteil ergangen ist, kann der Herausgabeanspruch geltend gemacht werden, sondern weil die Verwaltung und Nutznießung aufgehoben wurde!

22) *Forsthoff*, a. a. O. S. 85; *Giese*, a. a. O. S. 23; *Hel Fritz*, Verwaltungsrecht, Hannover 1949, S. 14; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 17; *Klein*, Untersuchungen, S. 21; *Lager*, VVDStL Heft 5 S. 147; *v. Turegg*, Verwaltungsrecht, S. 52. Wieweit die Genannten nur gestaltende Akte im Auge haben, ist nicht klar; *Tiedau*, MDR 1954 S. 267, hat jedoch betont, daß sich für alle Arten von VAen die Bindung aus der Tatbestandswirkung ergäbe.

überein. *Kormann* geht aber einen Schritt weiter. Er meint, daß bei rechtsgestaltenden Akten die Tatbestandswirkung eine wesentlich andere Tragweite habe als bei feststellenden. Diese These erläutert er durch folgende Ausführungen: „Wenn ein Deutscher aus der Staatsangehörigkeit oder ein Beamter aus dem Dienst entlassen worden ist, wenn jemandem eine Konzession, eine Polizeierlaubnis, ein Titel, ein Orden durch Staatsakt entzogen worden ist, so äußert sich die Tatbestandswirkung dieses Staatsaktes darin, daß der Betroffene nicht mehr Deutscher, nicht mehr Beamter, nicht mehr Inhaber der Konzession, der Polizeierlaubnis, des Titels, des Ordens ist, und daß . . . etwa der Strafrichter ihn behandeln muß als Ausländer, als Nichtbeamten, als einen, der unbefugt ein Gewerbe treibt, unbefugt einen Titel führt, unbefugt einen Orden trägt.“

Ausgangspunkt für *Kormann* ist der Satz, daß der Richter die Existenz eines Aktes nicht leugnen könne; dem ist beizupflichten. Dem bloßen Vorhandensein setzt aber *Kormann* — wenn auch unausgesprochen — die vom Inhalt des Aktes ausgehende Wirkung gleich. Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß der Richter den Inhalt des Aktes seiner Entscheidung zugrunde zu legen habe, also an ihn gebunden sei, da er die Existenz des Aktes nicht leugnen könne, wobei Existenz und inhaltliche Wirkung nicht unterschieden werden²⁶⁾.

Nach einer solchen Deduktion verwundert es nicht, wenn *Kormann* weiter schließt: „Tatbestandswirkung ist nichts anderes als die Wirkung der Verbindlichkeit und als solche eine Eigenschaft aller rechtsgeschäftlichen Staatsakte einschließlich der gesetzwidrigen, soweit sie nicht ausnahmsweise absolut nichtig sind“²⁷⁾.

23) Er hat sie entwickelt in einer Besprechung von Steins „Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung“, AöR Bd. 30 S. 253 ff. Er hat die gleichen Gedanken später im JöR Bd. VII S. 1 ff. im wesentlichen unverändert wiederholt.

24) AöR Bd. 30 S. 255, JöR Bd. VII S. 14.

25) Ebenso *Hatschek*, a. a. O. S. 26 ff. — Ähnlich die gesamte staats- und verwaltungsrechtliche Literatur.

26) Dieselbe unzulässige Gleichsetzung macht *Wach*, Zur Lehre von der Rechtskraft, 3 Rechtsgutachten von A. Wach und P. Laband, Leipzig 1899, S. 9: „Will man über die wirkliche subjektive Ausdehnung der Rechtskraft ins Klare kommen, so ist auszugehen von der selbstverständlichen von jedermann anzuerkennenden Existenz der rechtskräftigen Entscheidung ‚inter partes‘. Das ist eine im Urteil selbst verkörperte, für niemand leugnbare Tatsache. Soweit also der Urteils-Inhalt ein Rechtsverhältnis inter partes feststellt oder verneint, kann niemand bestreiten, daß es zwischen den Parteien kraft dieses Urteils bestehe oder nicht bestehe.“ Gegen *Wach* zutreffend *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948, S. 112 N. 236.

27) JöR Bd. VII S. 15 — Ähnlich *Maßmann*, a. a. O. S. 223, 243, der den VA als eine Tatsache bezeichnet, über die der Richter nicht hinweggehen könne

Kormanns Schlußfolgerung kann nicht als richtig anerkannt werden. Aus der logischen Verpflichtung, die Existenz eines Aktes anzuerkennen, folgt noch nicht die Bindung an seinen Inhalt. Das bloße Vorhandensein muß vom Inhalt unterschieden werden. Folglich muß man auch die Wirkungen, die an das Vorhandensein des Aktes geknüpft sind, von denen trennen, die vom Inhalt des Aktes ausgehen.

6. Besonders bei gestaltenden Akten unterscheidet *Kormann* nicht zwischen der Tatbestands- und der Gestaltungswirkung, also zwischen der Wirkung, die von der Tatsache, und der, die vom Inhalt des Aktes ausstrahlt. Freilich entspricht es dem Sprachgebrauch, wenn wir sagen, es sei eine Tatsache, daß der eingebürgerte Ausländer jetzt Deutscher sei, daß der entlassene Beamte kein Beamter mehr sei usw. Der Verlust der Beamteneigenschaft ist eine Veränderung des rechtlichen Status des Betroffenen. Diese Veränderung ist eine Wirkung des VAes der Entlassung; jedoch handelt es sich dabei nicht um die Tatbestandswirkung, sondern um die Gestaltungswirkung des Aktes. Der Erlaß eines VAes bewirkt eine Veränderung in der Welt der Tatsachen; denn nun ist eine staatliche Äußerung vorhanden, die bisher nicht da war. Die Gestaltungswirkung jedoch, die vom Inhalt ausgeht und z. B. den Beamten zum Nichtbeamten macht, bewirkt keine Veränderung in der Welt der Tatsachen, sondern nur in der Rechtswelt. Es handelt sich um ganz verschiedenartige Wirkungen, die auseinandergehalten werden müssen. *Kormann* dahingegen läßt, wie *Goldschmidt* ihm mit Recht vorwirft²⁸⁾, „die Gestaltungswirkung einfach in der Tatbestandswirkung aufgehen“. Die Literatur zur Bindungsfrage folgt im allgemeinen *Kormann* und versteht daher weitgehend unter Tatbestands- nur die Gestaltungswirkung²⁹⁾.

7. Wenn man glaubt, wie weitgehend die Literatur — ausdrücklich oder unausgesprochen —, daß durch einen Gestaltungsakt eine neue Tatsache geschaffen werde³⁰⁾, so löst sich das Bin-

und die ihn in seinem Prüfungsrecht beschränke. — Ebenso wie *Kormann* identifiziert auch *Tiedau*, MDR 1954, S. 267, Tatbestandswirkung und Bindung, und zwar hinsichtlich aller VAes, ohne jedoch eine Begründung dafür zu geben, daß aus dem Vorhandensein des Aktes eine Bindung an ihn folge.

28) AcP 117, 14.

29) So ausdrücklich *Hans Schmidt*, a. a. O. S. 11: „Tatbestandswirkung hat eine Vorentscheidung, wenn sie rechtsändernd wirkt.“ Ebenso neuerdings wieder *Ule*, Kommentar, Anm. 4 zu § 51: Eine gegenseitige Bindung der Gerichte „besteht nur bei Gestaltungsurteilen, die eine Tatbestandswirkung ausüben können“. Vgl. ferner die oben in N. 22 Genannten.

30) So sagt *Hellwig*, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil S. 789, die Rechtsänderung sei eine Tatsache, die für jedermann wahr sein müsse, und *Schönke*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 315, meint, die Gestaltungswirkung des Gestaltungsurteils liege darin, daß dieses Urteil eine Tatsache schaffe. — *Pagenstecher*, RheinZ. VI (1914) S. 537, 541, spricht davon, daß der

dungsproblem einfach. Es handelt sich dann nämlich gar nicht mehr um eine Frage der Bindung, sondern um die Anerkennung einer Tatsache; dafür erübrigt sich aber eine weitere Begründung³¹⁾.

Die Gestaltungswirkung ist jedoch auf den rechtlichen Raum beschränkt. Ein Gestaltungsakt, gleich ob Urteil, Privat- oder Verwaltungsakt, schafft nichts Reales, sondern löst lediglich gedachte Rechtsfolgen aus, ohne daß die Welt der Tatsachen dadurch berührt zu werden braucht³²⁾. Nur die rechtlichen Verhältnisse der Beteiligten werden verändert, sei es, daß sie erst begründet, oder daß sie geändert oder aufgehoben werden. Unter Gestaltungswirkung verstehen wir daher die Umgestaltung von Rechtsbeziehungen³³⁾, die Schaffung einer neuen Rechtslage³⁴⁾.

Es muß daher unterschieden werden:

1. Die Tatsache, daß ein Akt ergangen und vorhanden ist.
2. Die Rechtswirkungen, die sich aus dem Inhalt des Aktes ergeben.
3. Die Verbindlichkeit des Aktes für den Richter.

Die Tatbestandswirkung betrifft nur die Tatsache, daß ein VA erlassen wurde. Das muß der Richter anerkennen, und er hat

Strafrichter die Tatsache anerkennen müsse, daß A durch Feststellungsurteil Eigentümer geworden sei. — Diese Verwechslung beruht auf der Vertauschung von physischem und normativem Sein, vgl. v. Hippel, Staatsakt S. 15.

31) Vgl. *Kreft*, a. a. O. S. 17; *Schönke*, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 316 und insbesondere *Vahlbruch*, Bindung des Richters an Verwaltungsakte, Tübinger Dissertation 1937, S. 31 ff. Ähnlich jetzt auch *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 700.

32) *Stein*, a. a. O. S. 93; vgl. auch *Peter*, AcP Bd. 132 S. 1 ff. Übereignet z. B. A eine Sache dem B, so wird dieser dadurch Eigentümer. Dieser privatrechtliche Gestaltungsakt braucht aber noch nicht die Welt der Tatsachen zu verändern; das zeigt sich deutlich bei den Übergabesurrogaten. — Ferner: In der Welt der Tatsachen wirkt nur die Sachherrschaft. Die juristischen Begriffe dafür — Besitz und Gewahrsam — spiegeln bereits nicht mehr allein die tatsächlichen Verhältnisse wieder, sondern weitgehend auch rein rechtliche Beziehungen. Daher ergeben sich bei der Anwendung dieser Begriffe auch oft Streitigkeiten. Tatsachen dagegen sind unbestreitbar.

33) Vgl. *Balogh*, GrünhZ. Bd. 34 S. 123 ff.; *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, S. 60; *Hellwig*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 1; *Nikisch*, a. a. O. S. 157, 409; *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 386 ff.; *Sekkel*, Festgabe für Koch, Berlin 1903, S. 205 ff. (208); vgl. auch *Niese*, a. a. O. S. 37, 39, 45, 124. Er spricht von der unmittelbar materiellen Funktion des Gestaltungsurteils, das in den materiellen Raum hineinwirke. Entscheidend ist hier allerdings nicht, daß die Wirkung des Gestaltungsurteils sich nur im materiellen Raum zeigt; denn es gibt auch Gestaltungsurteile im prozessualen Raum. Hier interessiert nur die Betrachtungsweise *Nieses*, die zeigt, daß der „Raum“, in dem sich die Gestaltungswirkung äußert, der Rechtswelt angehört.

34) Rechtslage ist hier nicht in dem speziellen Sinn verwendet wie bei *Goldschmidt*, Der Prozeß als Rechtslage, Berlin 1925, sondern in der sonst allgemein üblichen Bedeutung.

daher die Rechtsfolgen zu ziehen, die an die Existenz des VAes geknüpft sind. Die inhaltlichen Wirkungen des Aktes jedoch und seine Verbindlichkeit für den Zivilrichter haben mit der Tatbestandswirkung nichts zu tun. Aus der Tatbestandswirkung folgt daher nicht die Bindung des Richters an VAe.

8. Kapitel

Feststellungswirkung

1. Ebenso wie der von der zivilprozessualen Theorie entwickelte Begriff der Tatbestandswirkung durch *Kormann* und das ihm folgende Schrifttum einen Bedeutungswandel durchmachte, erlitt auch der Begriff der Feststellungswirkung bei der Übertragung vom Zivilprozeß auf das Verwaltungsrecht eine inhaltliche Änderung. Die Lehre vom Zivilprozeß versteht unter der Feststellungswirkung (des Urteils) nichts anderes als die materielle Rechtskraft¹⁾. Beide Begriffe werden in zivilprozessualen Abhandlungen synonym gebraucht. Gegenstand und Umfang dieser Feststellungswirkung wird bestimmt durch den Streitgegenstand, den prozessualen Anspruch²⁾. Dabei ist im einzelnen zwar streitig, wie der Streitgegenstand zu bestimmen und zu begrenzen ist³⁾, einhellig wird aber aus § 322 ZPO gefolgert, daß nur die Entscheidung über den Streitgegenstand in Rechtskraft übergeht, „d. h. nur der . . . im Urteil ausgesprochene Schluß auf Bestehen oder Nichtbestehen der beanspruchten Rechtsfolge, kurz: dieser Subsumtionsschluß, aber weder sein Obersatz, an den §§ 562, 565 II das Gericht binden, noch sein Untersatz, die tatsächlichen Feststellungen, an die nach § 561 II das Revisionsgericht gebunden ist“⁴⁾. Damit ist *Savignys* Lehre von der bindenden Kraft der Urteilselemente abgelehnt.

2. Mit diesen wenigen Sätzen ist für unsere Zwecke hinreichend charakterisiert, was wir im Zivilprozeß unter Feststellungswirkung verstehen. Wir sind, angesichts dieser Einmütigkeit auf dem sonst so umstrittenen Gebiet der materiellen Rechtskraft, daher überrascht, wenn wir in der Literatur des Staats- und Verwaltungsrechts lesen:

Die Tatbestandswirkung beschränke sich auf den entscheidenden Teil des Aktes, „schließt also die in der Begründung niedergelegten Feststellungen und Erwägungen nicht ein, welche die Ent-

1) *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 39; *Coester*, a. a. O. S. 68; *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, S. 206; *Heim*, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, München 1912; *Niese*, a. a. O. S. 109; *Nikisch*, a. a. O. S. 398; *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 687.

2) Vgl. statt aller *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 396, 704 ff.

3) Vgl. dazu *Schwab*, a. a. O.

4) *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 707.

scheidung tragen (§ 322 ZPO). Nur ausnahmsweise sind auch die tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen für das andere Ressort verbindlich: sogenannte Feststellungswirkung“⁵⁾).

Oder: „Bei der Feststellungswirkung hingegen besteht die Bindung darin, daß das eine Ressort an die Feststellungen gebunden ist, welche das andere Ressort zum Zwecke seiner Entscheidung in bezug auf die diese Entscheidung rechtfertigenden Tatsachen und Tatbestände getroffen hat.“ Bei der Feststellungswirkung „wirken die Gründe, welche zur Versagung oder zur Unterlassung des Akts in dem einen Ressort geführt haben, in das andere Ressort hinüber“⁶⁾).

Die neuere staats- und verwaltungsrechtliche Literatur verwendet damit den Begriff der Feststellungswirkung in einem ganz anderen Sinne als die Zivilprozeßwissenschaft. Dabei wird die Begriffsbildung im Zivilprozeß überhaupt nicht gesehen⁷⁾; ja es wird sogar⁵⁾ der Fall des § 322 ZPO, also der Feststellungswirkung im Sinne der zivilprozessualen Lehre, dem der „Feststellungswirkung“ gegenübergestellt⁸⁾. Daraus ergibt sich auch folgerichtig, daß man mit dem Begriff der „Feststellungswirkung“ des VAes nicht seine materielle Rechtskraft meint, dieses Problem wird vielmehr an anderer Stelle und in anderem Zusammenhang behandelt.

3. *Kormann*, der diese Lehre von der Feststellungswirkung zusammen mit der von der Tatbestandswirkung entwickelt hat, war sich allerdings der Identität mit der Rechtskraft bewußt⁹⁾. Er hat

5) *Forsthoff*, a. a. O. S. 85.

6) *Hatschek*, a. a. O. S. 27. — *Hatschek* unterscheidet drei Fälle der Feststellungswirkung (S. 32): 1. Die Anordnung durch Gesetz, 2. alle Gestaltungsurteile (S. 34: bei Gestaltungsurteilen „ist das andere Ressort an die dem Gestaltungsurteile zugrunde liegende Feststellung ... gebunden“), 3. „alle Urteile des einen Ressorts, sofern dieselbe Sache zwischen denselben Parteien im Bereich des anderen Ressorts nochmals entschieden soll“.

7) *Vahlbruch*, a. a. O. S. 33, verneint die Identität von Feststellungswirkung und Rechtskraft ausdrücklich und bezieht sich dabei unverständlicherweise auf *Kuttner*, Nebenwirkungen, und *Heim*, a. a. O. — Aber auch wo die Identität noch bewußt ist, wird dann aus dem verwaltungsrechtlichen Begriff der Feststellungswirkung auf die Rechtskraft im Zivilprozeß zurückgeschlossen und behauptet, daß durch das Zivilurteil die das Urteil tragenden Gründe zwischen den Parteien bindend festgestellt seien (so *Naumann*, DVBl 1950 S. 211).

8) *v. Turegg*, JR 1950 S. 432 ff. trennt scharf zwischen Feststellungswirkung und Rechtskraft. — *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 700 N. 11 und S. 706, versteht anscheinend unter Feststellungswirkung dasselbe wie Bindung; ebenso *Bascho*, a. a. O. S. 84. — *Grüner*, a. a. O. bringt schließlich sämtliche Begriffe durcheinander, wenn er zwischen Feststellungswirkung im engeren (Rechtskraft) und weiteren Sinn unterscheidet (S. 23), der letzteren konstitutive Kraft zuerkennt (S. 101), weshalb den Entscheidungen mit Feststellungswirkung Tatbestands-, genauer Gestaltungswirkung (!) zukomme (S. 113).

9) AöR Bd. 30 S. 253 ff. (257), JöR Bd. VII S. 13 ff. (15).

nur aus sprachlichen Gründen das Wort Feststellungswirkung vorgezogen, um damit eine deutliche Gegenüberstellung zur Tatbestandswirkung zu erreichen.

Trotz der Erkenntnis der Einheit beider Begriffe bestimmt *Kormann* Umfang und Gegenstand der Feststellungswirkung ganz anders als die Zivilprozeßwissenschaft. Nach ihm ist die Feststellungswirkung „die Wirkung, die ein Staatsakt hat für die Feststellung der sein Vorhandensein rechtfertigenden Tatsachen und Tatbestände“¹⁰⁾. Er meint¹¹⁾, „daß ein Staatsakt, der der materiellen Rechtskraft genießt, wie z. B. ein Scheidungsurteil, sich nicht beschränkt auf die Änderung bestehender Rechtsverhältnisse, sondern zugleich die grundsätzlich unanfechtbare Feststellung über das Vorhandensein der Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit und Richtigkeit enthält“¹²⁾.

Da *Kormanns* Rechtskraftbegriff am Gestaltungsurteil orientiert ist, muß das Wesen der materiellen Rechtskraft dadurch notwendigerweise verdunkelt werden, selbst wenn man die Gestaltungswirkung als Teil der Rechtskraftwirkung ansehen will¹³⁾. Dazu kommt, daß er den Begriff der Feststellungswirkung in Beziehung zur Tatbestandswirkung setzt. Weil er bereits in der Tatbestandswirkung die Verbindlichkeit des Inhalts des Aktes sieht, muß ihm die von *Stein* vertretene Meinung, bei der Rechtskraft handele es sich um „die im Urteil entschiedene Rechtsfolge“, um „die Bindung an den Inhalt einer früheren Entscheidung“, als zu eng erscheinen. Er setzt daher an die Stelle der Worte „Inhalt der Entscheidung“ die Worte „Feststellung der diese Entscheidung rechtfertigenden Tatsachen und Tatbestände“¹⁴⁾.

Damit stellt sich seine Lehre im wesentlichen als eine Wiederholung der Meinung *Savignys* von der Erstreckung der Rechtskraft auf die Urteilelemente dar. Für den Zivilprozeß ist diese Lehre unbrauchbar; sie hat sich jedoch im Gebiet der Bindung des einen Hoheitsträgers an Akte eines anderen behauptet, obwohl sie auch dort keinen praktischen Wert besitzt.

Kormann selbst hat dieser Feststellungswirkung keine große Bedeutung beigemessen. Abgesehen von den Fällen, wo eine Bindung ausdrücklich positiv-rechtlich auch die Gründe ergreife, komme sie nur dann in Frage, wo dem Staatsakt kraft allgemei-

10) AöR, a. a. O. S. 256; JöR, a. a. O. S. 14.

11) AöR, a. a. O. S. 257; JöR, a. a. O. S. 15.

12) Diese Auffassung hat *Kormann* schon in seinem „System“, S. 67, vertreten. Dort hat er auch unter der materiellen Rechtskraft die Unwiderrruflichkeit der Entscheidung verstanden (S. 365); dagegen überzeugend *Böttcher*, Rechtskraft, S. 75 ff.

13) So *Goldschmidt*, Zivilprozeßrecht, S. 211 (ähnlich auch *Stein*, a. a. O. S. 93) gegen die herrschende Lehre.

14) AöR, a. a. O. S. 258.

nen Grundsätzen materielle Rechtskraft zukomme und im gegebenen Fall die Bindung mit den allgemeinen Grundsätzen über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft vereinbar sei¹⁵⁾).

Hierzu kann schon jetzt bemerkt werden, daß auch soweit ein VA Rechtskraftwirkung äußert, diese nicht weiter gehen kann als die Rechtskraft im Prozeß. Eine Bindung an Gründe scheidet daher von vornherein aus.

4. Der Begriff der Feststellungswirkung hat früher eine Rolle bei dem Streit um § 78 des Reichsbeamtengesetzes gespielt. Hier vertrat die eine Meinung die Ansicht, daß der Disziplinarrichter an die tatsächlichen (!) Feststellungen des Strafrichters gebunden sei, während es sich nach der anderen Meinung um keinen Fall der Feststellungswirkung handelte¹⁶⁾. Jetzt ist die Frage dahingehend geklärt¹⁷⁾, daß grundsätzlich die tatsächlichen Feststellungen des Strafurteils bindend sind, jedoch ist auf einstimmigen Beschluß des Bundesdisziplinargerichts eine erneute Prüfung möglich.

Neuerdings versteht *Ule*¹⁸⁾ unter „Feststellungswirkung“ auch die Bindung des Strafrichters bei der Entscheidung nach § 129 a StGB an die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 9 d BVerwGG. Hier handelt es sich aber allein um ein Tatbestandsmerkmal des § 129 a StGB; die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts (oder eines obersten Landesverwaltungsgerichts), daß eine Vereinigung gemäß Art. 9 Abs. 2 des GG verboten ist, äußert also Tatbestandswirkung für die strafrechtliche Beurteilung.

Sonstige Beispiele für eine angebliche Feststellungswirkung finden sich zwar gelegentlich in der Literatur, betreffen aber entweder nur gesetzlich normierte Fälle der Bindung an die Entscheidung der Behörde, also den Akt selbst und nicht an die dem Erlaß des Aktes vorausgehenden Erwägungen¹⁹⁾, oder es handelt sich um die Wirkung der Gestaltungsurteile²⁰⁾.

Wie die Literatur jetzt auch allgemein einräumt, kann es eine „Feststellungswirkung“ nur dann geben, wenn das Gesetz ausdrücklich Ausmaß der Bindung an tatsächliche Feststellungen und

15) JöR, a. a. O. S. 18. — Im AöR bringt er diesen letzten Gedanken noch nicht.

16) Vgl. zum damaligen Stand der Meinungen *Brand*, Kommentar zum Reichsbeamtengesetz, 3. Auflage, Berlin 1929, Anm. II, 2 zu § 78.

17) § 13 III Bundesdisziplinarordnung in der Fassung vom 28. 11. 1952 (BGBl. I S. 761); entsprechend früher § 13 III Reichsdienststrafordnung.

18) Kommentar, Anm. V zu § 51.

19) So die Fälle bei *Hatschek*, a. a. O. S. 33 ff. und bei *v. Turegg*, Lehrbuch, S. 53.

20) *Hatschek*, a. a. O. S. 34 will bei Gestaltungsurteilen eine generelle Bindung an die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen eintreten lassen; eine Begründung fehlt.

Gründe einer Entscheidung bestimmt²¹⁾). Soweit solche Bestimmungen bestehen²²⁾ ist der Richter dann gebunden; darüber hinaus ist der Begriff der „Feststellungswirkung“ für das Bindungsproblem unfruchtbar.

9. Kapitel

Materielle Rechtskraft

1. Konnte die von der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft vertretene Lehre von der „Feststellungswirkung“ uns nicht weiter helfen, so gibt uns vielleicht die Frage nach der materiellen Rechtskraft von VAen Aufschluß über das Bindungsproblem. In der Literatur wird allerdings eine materielle Rechtskraft der VAe weitgehend geleugnet¹⁾; jedoch finden sich auch bejahende Stimmen²⁾. Das Reichsgericht hat in zwei Entscheidungen³⁾ die Rechtskraftwirkung von VAen anerkannt. Der Bundesgerichtshof⁴⁾ hat in sehr apodiktischen Wendungen die materielle Rechtskraft von VAen zwar generell verneint; trotzdem scheint er geneigt zu sein, eine materielle Rechtskraft dann zu bejahen, wenn VAe in einem mit allen Garantien des Rechtszuges ausgestatteten Verfahren er-

21) Statt aller *Forsthoff*, a. a. O. S. 86. Aus der Rechtsprechung: OVG Hamburg, MDR 1950 S. 444.

22) So §§ 27 Abs. 3, 30 Abs. 4, 35 Abs. 2 des hess. Staatsgerichtshofsgesetzes v. 12. 12. 1947 (GVBl. 1948 S. 3).

1) Vgl. die Literaturübersicht bei *Forsthoff*, a. a. O. S. 212 N. 6; ferner (ohne Anspruch auf Vollständigkeit): *Baring*, NJW 1952 S. 1073 ff.; *Bettermann*, MDR 1949 S. 396; MDR 1950 S. 265 ff.; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 581 f. (soweit nicht anders bestimmt, S. 612); *Klinger*, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Kommentar, 3. Auflage, Göttingen 1954, S. 313 N. 217.

Unklar v. *Turegg*, JR 1950 S. 433, der zwar die materielle Rechtskraft von VAen leugnet, jedoch als Ausnahme sie allen feststellenden und gestaltenden zuerkennt.

2) Vgl. *Forsthoff*, a. a. O., ferner *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 493 N. 87; JZ 1953 S. 411; *Kreft*, a. a. O. S. 56 ff.; *Layer*, a. a. O. S. 155 ff.; *Stein*, a. a. O. S. 102, 104, der allerdings keine praktischen Folgerungen daraus zieht, sondern im Gegenteil meint, man müsse mangels gesetzlicher Anordnung „mit der Annahme der Bindung sehr zurückhaltend sein“ (S. 108 ff.). —

Unklar *Hemrich*, Die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und der Verwaltungsakte, Kölner Dissertation 1929/30, S. 79 ff. — Unergiebig *Grüner*, a. a. O. S. 18, da er Bindung nur als Rechtskraftwirkung kennt.

3) RGZ 112, 50 ff.; 122, 94 ff.

4) BGHZ 9, 129 = JZ 1953 S. 410 m. krit. Bespr. von *Bachof*, der darauf aufmerksam macht, daß diese generelle Verneinung der Rechtskraft weder für die Entscheidung des Falles nötig war, noch sich mit dem Hinweis des BGH auf RGZ 122, 94 verträgt.

gangen sind. Diese Voraussetzungen lagen in den vom RG entschiedenen Fällen vor. Der BGH läßt übrigens die Berechtigung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ausdrücklich offen.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Meinungen zur Rechtskraft im Verwaltungsrecht mit allen Nuancen darzustellen; wir wollen aber versuchen, die möglichen Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die für die Rechtskraft der VAe wesentlich sein könnten. Dabei kann es als gesicherte Erkenntnis gelten, daß materielle Rechtskraft auch im Verwaltungsrecht nicht Unwiderruflichkeit bedeutet. Früher wurde zwar häufig das Problem der Rechtskraft mit der Widerruflichkeit verknüpft⁵⁾, so daß die Literatur insoweit nicht sehr ergiebig ist⁶⁾. Inzwischen haben aber insbesondere *Böttcher*⁷⁾ und *Ipsen*⁸⁾ eingehend nachgewiesen, daß beide Rechtsinstitute scharf zu unterscheiden sind. Die materielle Rechtskraft betrifft nicht die Verhütung eines Widerrufs, sondern die Verhütung des Widerspruchs einer späteren mit der ursprünglichen Entscheidung⁹⁾.

Andererseits bestehen zwischen Unwiderruflichkeit, Unanfechtbarkeit und materieller Rechtskraft enge Zusammenhänge. Ein Urteil im Zivilprozeß kann erst dann materiell rechtskräftig werden, wenn es formelle Rechtskraft besitzt; ein solches Urteil ist aber auch gem. § 318 ZPO unwiderruflich (auf die Besonderheit der Wiederaufnahme braucht hier nicht eingegangen zu werden). VAe, auch wenn sie unanfechtbar geworden sind, sind allerdings grundsätzlich widerruflich. Das kann aber dann nicht gelten, wenn VAen materielle Rechtskraft zuerkannt wird. In diesen Fällen muß auch im Verwaltungsrecht die enge Verbindung zwischen materieller Rechtskraft, Unanfechtbarkeit und Unwiderruflichkeit Platz greifen. Wenn materielle Rechtskraft auch nicht Unwiderruflichkeit bedeutet, so würde die Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs mit dem Sinn der materiellen Rechtskraft nicht im Einklang stehen. Denn die materielle Rechtskraft soll dem Rechtsfrieden dienen¹⁰⁾, sie soll endgültig zwischen den Betroffenen die Rechtslage klären. Die Unsicherheit, die mit der Widerruflichkeit eines Staatsaktes notwendigerweise verbunden ist, muß daher dann ausgeschlossen sein, wenn ein solcher Akt materielle Rechtskraftwirkung äußert.

5) Vgl. die Nachweise bei *Böttcher*, Rechtskraft S. 35 ff. und bei *Ipsen*, a. a. O. S. 24 ff.

6) Auch jetzt finden sich noch Verwechslungen, so bei *Bascho*, a. a. O. S. 64; *van Husen*, Kommentar, Anm. 2 zu § 41; *BezVerwG* Berlin-Zehlendorf, VRspr 1, 85; *OVG* Hamburg, VRspr. 3, 113.

7) Rechtskraft, S. 35 ff., 94.

8) a. a. O., S. 22 ff.

9) *Böttcher*, Rechtskraft, S. 94.

10) Vgl. auch unten S. 84 ff.

2. Wenn wir im Folgenden von Rechtskraft sprechen, ist immer die materielle Rechtskraft gemeint. Sie ist durch die Prozeßgesetze und die Prozeßwissenschaft deutlich umrissen; von der dort gefundenen Begriffsbestimmung müssen wir ausgehen, da es sinnlos wäre, unter der gleichen Bezeichnung zwei verschiedene Dinge zu verstehen. Wir meinen daher mit der Rechtskraft keine andere Wirkung als die, welche den Urteilen im Zivil- und Verwaltungsprozeß zukommt¹¹⁾. Unser Rechtskraftbegriff ergibt sich damit aus §§ 322, 325 ZPO¹²⁾, § 51 BVerwGG, § 80 MRVO 165, § 84 VGG, § 141 SGG und kann kurz so zusammengefaßt werden:

Soweit VAen Rechtskraft zukommt, binden sie die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger insoweit, als über den geltend gemachten Anspruch entschieden ist.

Der Zivilrichter wäre also gebunden an die in dem VA enthaltene Entscheidung, daß sich aus einem bestimmten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge ergibt. Eine anderslautende Entscheidung über diese Sache wäre unzulässig.

3. Gelegentlich wird von Vertretern der prozessualen Rechtskrafttheorie die Ansicht vertreten, daß die Rechtskraft des Zivilurteils überhaupt nur in Verfahren vor Zivilgerichten wirken könne¹³⁾. Nach dieser Meinung könnten dann wohl auch rechtskräftige VAe ihre Wirkung nur in Verfahren vor Verwaltungsbehörden entfalten. Für eine materielle Rechtskrafttheorie besteht dieses Problem nicht. Aber auch ohne eine Entscheidung in diesem Theorienstreit hier fällen zu können, darf wohl gesagt werden, daß auch eine prozessuale Theorie nicht die Bindung anderer Staatsbehörden ausschließt¹⁴⁾. So hat die Rechtsprechung der Zivilgerichte auch die Rechtskraftwirkung verwaltungsgerichtlicher Urteile anerkannt¹⁵⁾,

11) Die eigentümliche Rechtskraftwirkung im Strafprozeß, sowie die bindende Wirkung der Entscheidungen der Verfassungsgerichte (vgl. z. B. § 31 BVerfGG) sollen hier unberücksichtigt bleiben, weil sie in ihrer Ausgestaltung weniger klar und in ihrer Abgrenzung für unsere Untersuchung ungeeignet erscheinen.

12) v. Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1936, S. 186 ff., der den Entscheidungen (nicht den Verfügungen) materielle Rechtskraft zubilligt, geht von § 318 ZPO aus. Vgl. zu dieser auch sonst zu findenden irrigen Auffassung von der Rechtskraft Böttcher, Rechtskraft, S. 30 ff.

13) Stein, a. a. O. S. 120; Nikisch a. a. O. S. 408.

14) Von Vertretern der prozessualen Theorie treten für eine allgemeine Bindung ein (wobei die Ausnahme für das Strafverfahren im Hinblick auf die obigen Darlegungen unberücksichtigt bleiben kann): Kuttner, Urteilswirkungen, S. 76, 216 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, S. 700; Schöнке, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, S. 307; Niese, JZ 1952 S. 353.

Ferner: Baur, Die Bindung an Entscheidungen, S. 16 ff.; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 705 ff. — Wie hier auch Kugler, a. a. O. S. 87.

15) KG (West), NJW 1950 S. 29; BGHZ 9, 329. Zu dieser Entscheidung Bettermann, MDR 1954 S. 7 ff. Er erkennt an, daß die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen über die Grenzen des eigenen Gerichtszweiges hinausgeht und

und es besteht kein hinreichender Grund, die Rechtskraft auf den Bereich des einzelnen Gerichts- bzw. Behördenzweiges zu beschränken¹⁶⁾. Kommt einem Staatsakt Rechtskraftwirkung zu, so äußert er sie überall¹⁷⁾, vorausgesetzt natürlich, daß die objektiven und subjektiven Grenzen eingehalten sind.

4. Gegen die Rechtskraft von VAen könnten Bedenken aus einer fehlenden gesetzlichen Regelung hergeleitet werden. Jedoch kommt Rechtskraft nicht nur den Staatsakten zu, für die es positiv-rechtlich so bestimmt ist. So ist z. B. die Rechtskraft von Beschlüssen in der ZPO nicht normiert, trotzdem wird jedoch bestimmten Beschlüssen Rechtskraftwirkung zugebilligt¹⁸⁾. Auch in der StPO fehlt es an einer Vorschrift über die Rechtskraft und doch war sie schon für das Strafverfahren anerkannt, ehe sie durch das GG festgelegt wurde²⁰⁾. Wir können daher den Schluß ziehen, daß die Rechtskraft ein Institut ist, das unabhängig von einer ausdrücklichen Regelung besteht²¹⁾.

5. *Bindung*²²⁾ hat die Auffassung vertreten, daß die Rechtskraft (im Strafprozeß) als Konsequenz der Rechtslogik eintrete; denn wenn das Klagerecht (des Staatsanwalts), die Einlassungspflicht (des Angeklagten) und die Urteilsgewalt (des Richters) untergegangen sei (durch das rechtskräftige Urteil), „so ist logisch jede Basis für eine zweite Verfolgung derselben Tat geschwunden“. Ferner²³⁾: „Nun versteht sich von selbst: prinzipiell soll einem Verbrechen eines Angeklagten eine Anklage und ein rechtskräftiges Urteil entsprechen. So will es die Logik.“

Wenn sich *Bindung* hier auf die Rechtslogik beruft, so geht er ersichtlich von mathematisch-naturwissenschaftlichen Kausalitätsvorstellungen aus: Die Urteilsgewalt sei „untergegangen“ und da-

äußert sich nur deshalb kritisch zu der genannten BGH-Entscheidung, weil sie den objektiven Umfang der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile verkannt habe. Er räumt auch ein, daß die Bindung der Verwaltungsbehörden an rechtskräftige Urteile Rechtskraftwirkung sei, beschränkt die Rechtskraft daher nicht auf den Bereich der 3. Gewalt. Die Rechtskraft von VAen lehnt er allerdings ab, da sie nur Gerichtsentscheidungen zukomme.

16) Für diese Einschränkung *Werner*, DV 1949 S. 685. Gegen ihn *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 494 und ZZP Bd. 65 S. 28.

17) So auch *Kugler*, a. a. O. insbesondere S. 123 ff., für die Rechtskraftwirkung im Strafprozeß.

19) Beschluß der Vereinigten Zivilsenate des RG, RGZ 27, 402: *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 700; *Stein-Jonas*, II, 3. zu § 329.

20) Art. 103 Abs. 3 GG.

21) a. M. *Ipsen*, a. a. O. S. 39 ff. (insbesondere S. 42), der davon ausgeht, daß entweder allen Staatsakten Rechtskraft zukomme oder nur denen, für die es positiv-rechtlich angeordnet sei; ein Drittes gäbe es nicht. Diese Behauptung hat *Ipsen* jedoch nicht bewiesen, sie ist auch unbeweisbar.

22) Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 2. Bd., München 1915, S. 316.

23) a. a. O. S. 340.

her logisch nicht mehr vorhanden. Noch deutlicher wird die Vertauschung rechtswissenschaftlicher mit naturwissenschaftlicher Denkweise bei *Seidler*²⁴⁾, der zur Begründung der Rechtskraft auf das physikalische Gesetz der Undurchdringlichkeit der Körper im Raum hinweist: „Wo ein Haus gebaut ist, kann man kein zweites hinbauen.“ Ebenso unergiebig wie der Vergleich mit naturwissenschaftlichen Gesetzen ist die von Binding für das Rechtskraftproblem aufgestellte Gleichung $1 = 1$. Ihre mathematisch allerdings unbezweifelbare Richtigkeit gehört allein in den Bereich der formalen Logik; durch nichts ist jedoch bewiesen, daß ihr materieller Ausgangspunkt stimmt. Geht man nämlich im Strafprozeß nicht von der Tat, sondern vom Strafgesetz aus²⁵⁾, so ergibt sich eine ganz andere „Gleichung“, die formal-logisch einwandfrei ist, wenn ihr Ergebnis auch unseren Vorstellungen von der Rechtskraft im Strafprozeß widerspricht. Auch ist es gar nicht ausgemacht, daß es ein Prinzip unserer Rechtsordnung ist, daß ein und dieselbe Sache nur einmal entschieden werde²⁶⁾.

Der Versuch, die Rechtskraft als ein Ergebnis der Logik zu begründen, muß daher als gescheitert angesehen werden²⁷⁾.

6. Die Wiener Schule sieht in der Rechtskraft eine Eigenschaft aller Staatsakte. *Merkel*²⁸⁾ hat diese Ansicht eingehend zu begründen versucht. Er geht von einer stufenförmig aufgebauten Rechtsordnung aus. In ihr stehen Gerichtsurteil und VA auf gleicher Stufe, über ihnen thront das Gesetz²⁹⁾. Er meint nun, das Problem der Rechtskraft sei nichts anderes als das Problem der Geltungsdauer von Rechtsakten überhaupt. Der Sinn der Frage nach der Rechtskraft eines Aktes sei der einer Frage nach den zeitlichen Grenzen seiner Geltung. Dabei setze die h. M. den einzelnen Akten auf gleicher Stufe unbegründeterweise verschiedene zeitliche Schranken: bei Gerichtsurteilen könne das spätere Urteil das frühere nicht abändern (wegen der materiellen Rechtskraft des ersten Urteils), während bei VAen der jüngere dem älteren vorgehe (weil VAen keine Rechtskraft zukomme)³⁰⁾. Da Verwaltung

24) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 3. Bd. S. 386.

25) So weitgehend das anglo-amerikanische Recht.

26) *Schultzenstein*, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, Berlin 1902, 1. Bd. S. 94; *Kamm*, ZZP, 44. Bd. S. 91.

27) *Binding* durchbricht sein „logisches“ System übrigens selbst (a. a. O. S. 340), um der „materiellen Gerechtigkeit“ willen!

28) Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig 1923; Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 201 ff.

29) Die von der Wiener Schule allgemein verfochtene Lehre von den Stufen der Rechtsordnung, insbesondere von der Gleichstufigkeit von Urteil und VA differenziert nicht genügend und übersieht die „Abstufungen“ innerhalb „gleichstufiger“ Akte und die daraus resultierenden Unterschiede in den Wirkungen.

30) In diesem Zusammenhang muß es befremden, daß *Merkel* behauptet, nach der „falschen Theorie“, womit er die h. M. meint, würde der Satz gelten:

und Gerichtsbarkeit jedoch beide Gesetzesvollzug seien, müßten ihre Akte hinsichtlich der Rechtskraft das gleiche Schicksal haben, und dies sei die zeitliche und örtliche Unbegrenztheit der Geltung jedes einzelnen Rechtssatzes wie der ganzen Rechtsordnung. Wer die Rechtskraft der VAe verneine, leugne die Rechtsnatur der Verwaltung überhaupt.

Eine eingehende Kritik dieser Lehre, die außerhalb Österreichs kaum Beifall gefunden hat, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen³¹⁾. Es sei nur kurz bemerkt: Bei der Rechtskraft handelt es sich um kein Derogationsproblem. Es geht hier nicht darum, den Konflikt zwischen zwei sich widersprechenden Staatsakten zu lösen, sondern ihn zu verhindern³²⁾. Die Parallele zu dem Satz ‚lex posterior derogat legi priori‘ ist gänzlich verfehlt; denn es gehört einfach zum Wesen der Gesetzgebung, die Normen den veränderten Verhältnissen dauernd anzupassen und damit frühere Rechtssetzung zu überdecken. Dieser Dynamik gegenüber ist die Entscheidung des Einzelfalles notwendigerweise statisch; denn hier soll die Rechtslage in einem bestimmten Zeitpunkt festgehalten werden. Dieser abschließenden Fixierung dient die Rechtskraft, wobei sie selbstverständlich ihre Wirkung dann nicht entfalten kann, wenn nach der Entscheidung sich die Verhältnisse verändert haben. Eine Gleichsetzung von Gesetz und Urteil ist daher ein Hineinzwängen von zwei verschiedenen Erscheinungsformen des Rechtslebens in eine Uniform, die beiden nicht gerecht wird. Eine Zuordnung des VAes zu Gesetz oder Urteil kann generell auch nicht erfolgen; denn der gestaltende VA enthält weitgehend dynamische Elemente, während der feststellende — ähnlich dem Urteil — der Entscheidung der Rechtslage in einem bestimmten Zeitpunkt dient. Die Frage nach der Rechtskraft des VAes ist daher die Frage, ob eine durch einen VA getroffene Feststellung endgültig in dem Sinne sein soll, daß eine widersprechende Beurteilung derselben Rechtslage verboten ist. Das verkennet *Merkel*, wenn er das Wesen der Rechtskraft in der Geltungsdauer sieht. Denn auch wo keine Rechtskraft wirkt, hebt das spätere Urteil (VA) das frühere nicht notwendigerweise auf — wie es bei Gesetzen freilich der Fall ist und sein muß —, das zeigt sich besonders deutlich dann, wenn der Streitgegenstand verschieden ist, die frühere Entscheidung also nur bei der Beurteilung einer Vorfrage eine Rolle spielen könnte. Auch mit der positiv-rechtlichen

Für Akte der Gerichtsbarkeit „res judicata jus facit inter omnes“ und für Akte der Verwaltung vorwiegend „res judicata jus non facit inter omnes“ (Verwaltungsrecht S. 210).

31) Vgl. dazu vor allem *Böttcher*, Rechtskraft, S. 38 ff., ferner *Ipsen*, a. a. O. S. 40 ff. mit weiteren Nachweisen, und *Henrich*, AöR 46. Bd. S. 329 ff.

32) *Böttcher*, Rechtskraft, S. 65.

Regelung der subjektiven Grenzen der Rechtskraft wäre Merkl's Lehre schwerlich in Übereinstimmung zu bringen.

Damit kann uns *Merkl's* Rechtskraftlehre keine Lösung unseres Problems bieten. Dabei kann außer Betracht bleiben, daß nach der von der Wiener Schule vertretenen Auffassung jeder fehlerhafte Staatsakt ein Nichtstaatsakt ist³³⁾, die Rechtskraft also die Rechtswidrigkeit nicht decken würde³⁴⁾ und daher der praktische Wert von *Merkl's* Theorie nur gering wäre.

7. Manche Autoren wollen die Bestimmungen über die Rechtskraft allein oder unter anderem auf die Autorität jeder staatlichen Äußerung stützen³⁵⁾. Eine solche Auffassung wäre allenfalls in einem autoritären Staat konsequent. In einer Demokratie ist es sicher verfehlt, jeder staatlichen Äußerung die Bedeutung einer endgültigen Festlegung rechtlicher Beziehungen beizulegen, ohne Rücksicht darauf, welche Staatsstelle diese Äußerung getan hat und in welchem Verfahren³⁶⁾.

Eine andere und erwägenswerte Frage ist es jedoch, ob nicht der Richterspruch eine Autorität hat, die eine Rechtskraftwirkung zwingend erfordert, ja ob nicht diese Autorität überhaupt Ursprung der materiellen Rechtskraft und diese ohne jene nicht denkbar ist. Der Richter als Repräsentant der dritten Gewalt ist berufen, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden³⁷⁾. Daraus könnte man schließen, daß seinen Entscheidungen kraft seiner Stellung innerhalb der Gemeinschaft die Bedeutung endgültiger Feststellung — d. h. materielle Rechtskraft — zukommt. Freilich bliebe dann die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens schwer erklärbar³⁸⁾. Entscheidend ist jedoch gegen die Verknüpfung von Rechtskraft und richterlicher Autorität einzuwenden: Staat und Richter sind nicht Selbstzweck³⁹⁾. Die Rechtskraftwir-

33) *Kelsen*, GrünhZ Bd. 40 S. 1 ff. — Vgl. dazu unten S. 127 N. 21.

34) So auch ausdrücklich *Merkl*, VVDStL Heft 5 S. 220 ff.; vgl. auch Verwaltungsrecht S. 195.

35) *Stein*, a. a. O. S. 98; *Nikisch*, a. a. O. S. 401.

36) Im Ergebnis ebenso *Kralik*, a. a. O. S. 108. Abwegig aber (S. 108 ff.) seine Erklärung der Feststellungswirkung „aus den Gesetzen der Psychologie heraus“; das formell rechtskräftige Erkenntnis habe dieselbe Wirkung wie die Überzeugung des Staates von der Richtigkeit seiner Entscheidung, daher müsse jeder, der eine dem Staat zuzurechnende Denktätigkeit entfaltet, auf den Lösungen der formell rechtskräftig entschiedenen Vorfrage aufbauen. — Das bedeutet (so auch ausdrücklich *Kralik*, a. a. O. S. 147), daß jede formell rechtskräftige Entscheidung materiell rechtskräftig ist; es besteht aber wohl sonst Einigkeit, daß dies nicht der Fall ist.

37) Vgl. Art. 92 GG.

38) Noch schwieriger wäre eine Rechtfertigung der Rechtsprechung des RG zur „Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten“.

39) Vgl. HChE (JÖR NF. Bd. 1 S. 48) Art. 1 Abs. 1: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“

kung der gerichtlichen Urteile kann ihren Sinn nicht darin finden, daß dem Richter die rechtsprechende Gewalt anvertraut ist (darauf beruht ja seine Autorität), sondern nur darin, welchem Zweck die richterliche Entscheidung dient und unter welchen Garantien für ihre Richtigkeit sie gefällt wurde. Eine zwingende Koppelung zwischen Gerichtsentscheidung und Rechtskraft vermögen wir daher nicht anzuerkennen.

8. *Kamm*⁴⁰⁾ und insbesondere *Krusch*⁴¹⁾ haben versucht, das Wesen der Rechtskraft aus der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt zu entwickeln; ein Versuch, der unsere besondere Aufmerksamkeit beanspruchen muß, weil Gegenstand unserer Untersuchung gerade die Frage nach der bindenden Kraft auch des fehlerhaften VAes ist. *Kamm* hat dargelegt, daß die materielle Rechtskraft ein Axiom sei, das über Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozeß hinaus allgemeine Gültigkeit besitze. Der innere Grund der Rechtskraft liege im Staatsrecht. Nur vom staatsrechtlichen Standpunkt könne sie richtig verstanden und die Eigenart ihrer Wirkung erklärt werden. Das Urteil sei Staatsbefehl und daher mit autoritativer Kraft ausgestattet. Dieser Staatsbefehl sei ohne Rücksicht auf die Richtigkeit der festgestellten Tatsachen und die Richtigkeit der Gesetzesanwendung bindend.

Diesen von *Kamm* angedeuteten Gedanken hat *Krusch* weiter ausgeführt. Er meint, die Rechtskraft sei nur ein Ausschnitt aus dem Gebiet der Wirkung fehlerhafter Staatsakte. „Die Autorität, die Macht und das Vertrauen, die der Staat und seine Organe besitzen, führen dazu, daß behördliche Akte zunächst einmal die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben.“ Diese Vermutung bedeute die „durch die Staatsautorität hervorgerufene Unabhängigkeit staatlicher Akte von ihren rechtlichen Voraussetzungen“.

Wir haben oben⁴²⁾ nachzuweisen versucht, daß die sog. Vermutung der Rechtmäßigkeit nicht besteht. Aber auch wenn wir den Ausgangspunkt *Kruschs* akzeptieren, sind seine daraus für die Rechtskraft gezogenen Folgerungen nicht schlüssig. Er lehrt: Ein formell rechtskräftiger Staatsakt sei ohne Rücksicht darauf, ob er Fehler aufweise, wirksam. Die Lösung der Entscheidung von den Entscheidungsgrundlagen (und des Gestaltungsurteils vom Gestaltungsgrund) sei nun nichts anderes als die materielle Rechtskraft. Während die formelle Rechtskraft die Unabänderlichkeit im 1. Verfahren bedeute, stelle die materielle die Unabänderlichkeit

40) ZZP 44. Bd. S. 93 ff.

41) a. a. O. S. 43 ff.

42) S. 52 ff.

in allen folgenden Verfahren und überhaupt dar⁴³⁾. *Krusch* schließt dann folgerichtig aus der Ableitung der materiellen Rechtskraft aus dem Grundsatz vom fehlerhaften Staatsakt, daß allen förmlich rechtskräftigen Entscheidungen, einschließlich der Gestaltungsakte⁴⁴⁾, Rechtskraft zukomme.

Krusch verwechselt die Voraussetzung der Wirkung mit der Wirkung selbst. Richtig ist, daß nur ein wirksames Urteil Rechtskraft äußern kann. Damit ist die Rechtskraft auch abhängig von den Wirksamkeitsvoraussetzungen. Ein wirksamer Akt hat jedoch verschiedene Wirkungen, nicht nur die Rechtskraftwirkung⁴⁵⁾. So ist z. B. auch das vorläufig vollstreckbare Urteil wirksam, es hat auch Vollstreckungswirkung, es ist aber gerade nicht rechtskräftig! Es muß daher *Böttcher* beigepflichtet werden, wenn er sagt⁴⁶⁾, daß zwischen der Wirksamkeit⁴⁷⁾ des staatlichen Aktes und der Rechtskraft überhaupt kein Verhältnis besteht; denn beide sind vollkommen inkommensurable Größen. Ganz gleich, wie wir die Wirksamkeitsvoraussetzungen von Hoheitsakten bestimmen, über das Wesen der Rechtskraft können wir daraus keine Antwort erhoffen.

Wenn *Krusch* schließlich meint, die Rechtskraft bewirke die Unabänderlichkeit des Staatsaktes in allen folgenden Verfahren, so darf hier nochmals⁴⁸⁾ darauf hingewiesen werden, daß die Funktion der Rechtskraft nicht Geltungsschutz oder Geltungsdauer, sondern Verhütung des Widerspruchs einer späteren mit der früheren Entscheidung ist.

9. Gelegentlich wird die Rechtskraft auf Rechtsprechungsakte beschränkt. Am entschiedensten hat *Bernatzik*⁴⁹⁾ diese Lehre verfochten. Nach seiner Ansicht sind alle Entscheidungen⁵⁰⁾ Akte der

43) Ähnlich *Heim*, a. a. O. S. 66 ff., *Schanze*, ZStrW Bd. 4, S. 437 ff. (459); *Kleinfeller*, a. a. O. S. 376 ff. — Die Berufung *Kruschs* auf *Rosenberg* und *Hellwig* ist allerdings unberechtigt.

44) So auch schon *Kamm*, a. a. O. S. 108 ff.

45) Vgl. oben S. 61.

46) Rechtskraft, S. 15.

47) *Böttcher* spricht von Gültigkeit, meint aber das gleiche.

48) Vgl. oben S. 70 und 74.

49) a. a. O. — *Bernatzik* hat übrigens in seinem Gutachten zum 26. Deutschen Juristentag: Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden (Verhandlungen, Bd. 2 S. 32 ff.) seine Lehre in einigen Punkten geändert und abgeschwächt. Seine hier wiedergegebenen Grundthesen hat er jedoch auch dort aufrecht erhalten. — Ihm folgt weitgehend *Seidler*, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 3. Bd. S. 378 ff.

50) Auch *Stein*, a. a. O. S. 101 ff., will allen Entscheidungen (Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze) Rechtskraft zuerkennen. Doch bleibt es offen, welche Folgerungen er daraus für die Frage der Bindung ziehen will, da er (S. 108) ausdrücklich zur Zurückhaltung mahnt, soweit gesetzliche Bestimmungen fehlen. Er sieht sogar die Zuweisung an die Verwaltungsgerichte nicht als schlüssigen Beweis für die Verbindlichkeit an.

Rechtsprechung, und allen diesen Akten komme Rechtskraft zu, soweit sie in einem abstrakt geregelten Verfahren ergehen⁵¹⁾. Die somit entscheidende Frage: Was ist unter Rechtsprechung zu verstehen, beantwortet er so: Rechtsprechung liege immer dann vor, wenn eine Rechtsnorm zur Anwendung gebracht werde⁵²⁾. Rechtsprechung bedeute, „aussprechen, was im konkreten Fall ‚Rechtens‘ ist, somit eine abstrakte Rechtsnorm auf einen Tatbestand in einer Weise anwenden, daß dadurch ein konkretes Rechtsverhältnis festgestellt wird“⁵³⁾. Da nun Recht deshalb gesprochen werde, damit das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis fortan unanfechtbar bleibe⁵⁴⁾ und Charakteristikum der Rechtskraft die „Erzielung höchster Rechtssicherheit und sparsame Ausnutzung der Staatstätigkeit“ sei⁵⁵⁾, kommt er zu dem Ergebnis: „Die bindenden Wirkungen des Rechtsspruches knüpfen sich also mit Notwendigkeit an den Begriff der Rechtsprechung“⁵⁶⁾.

Die Lehre *Bernatziks* hat bald Kritik gefunden⁵⁷⁾. So ist mit Recht betont worden, daß es unzulässig sei, den Begriff der Rechtsprechung so auszudehnen, daß er mit den geläufigen Vorstellungen davon in keiner Weise übereinstimme, dann aber doch Folgerungen daran zu knüpfen, die weitgehend nur dem bisherigen Begriff beigelegt wurden⁵⁸⁾. Entscheidend ist jedoch gegen die Lehre, die die materielle Rechtskraft als Folge eines Rechtsprechungsaktes ansieht, vorzubringen, daß der Begriff der materiellen Rechtsprechung als Anknüpfungspunkt überhaupt ungeeignet ist⁵⁹⁾.

51) Vgl. a. a. O. S. 64. — Auf das Verfahren stellt *Bernatzik* es im Endergebnis allerdings kaum noch ab, sondern entscheidend darauf, ob der Akt unter den Begriff ‚Rechtsprechung‘ zu bringen sei; darauf hat schon *O. Mayer* (AöR 21. Bd. S. 6 ff.) aufmerksam gemacht.

52) a. a. O. S. 46. — *Bernatzik* lehnt die Meinung ab, daß Rechtsprechung nur dort vorhanden sei, wo Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vorliege; denn diese Garantien seien auch für den Richter noch verhältnismäßig jung. Unter Hinweis auf das Versäumnisurteil bekämpft er ferner die Ansicht, Rechtsprechung sei Streitentscheidung (S. 54 ff.). Auch sei es kein Merkmal der Rechtsprechung, daß sich mehrere Beteiligte gegenüberstehen (S. 58 ff.). Für den Begriff der Rechtsprechung komme es nicht darauf an, ob eine Rechtsverletzung vorliege; denn die höhere Instanz entscheide ja nicht einen Streit zwischen der vorhergehenden Instanz und dem Beschwerdeführer (S. 60 ff.). Man dürfe auch bei dem Begriff der Rechtsprechung nicht nur die Entscheidungen der Kontrollinstanzen im Auge haben (S. 48 ff.).

53) S. 63 ff.

54) S. 114.

55) S. 112.

56) S. 116.

57) Vgl. *O. Mayer*, AöR Bd. 21 S. 6 ff.; *Binding*, a. a. O. S. 311 N. 11; *Tezner*, VerwArch Bd. 19 S. 128 ff. (135 ff.); *Kamm*, ZZP Bd. 44 S. 105.

58) *Coester*, a. a. O. S. 26 N. 2; *Loening*, VerwArch Bd. 7 S. 20 ff.

59) Vgl. auch *Schultzenstein*, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 1. Bd. S. 93, der sich gegen die Ansicht wendet, die Rechtskraft sei das

Dabei kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, welche Kriterien man für den Begriff der materiellen Rechtsprechung als maßgeblich erachtet. Sieht man dafür — wie *Bernatzik* und andere⁶⁰⁾ — die Subsumtion als wichtigstes Unterscheidungsmerkmal an, so leuchtet es unmittelbar ein, daß es nicht gerechtfertigt werden kann, einem Akt deshalb Allgemeinverbindlichkeit zuzuerkennen, weil er der Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Tatbestand seine Entstehung verdankt. Aber auch wer der Definition von *Friesenhahn*⁶¹⁾ folgt, wonach Rechtsprechung dann vorliege, wenn ein staatliches Organ als unbeteiligter Dritter mit obrigkeitlicher Gewalt ausspricht, was bei Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf den konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zu entscheiden, wird daraus für das Rechtskraftproblem nichts gewinnen können. Denn auch das zusätzliche Kriterium, daß ein unbeteiligter Dritter einen Rechtsstreit entscheiden müsse, vermag die weitgehende Wirkung der Rechtskraft nicht zu begründen. Es wurde schon oben nachgewiesen, daß eine zwingende Verbindung zwischen richterlicher Entscheidung und Rechtskraft nicht besteht⁶²⁾. Reicht aber die Autorität des Richters grundsätzlich nicht aus, um die Rechtskraftwirkung herbeizuführen, so kann das Merkmal der Rechtsstreitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten ebensowenig wie die bloße Subsumtion als Grundlage für die materielle Rechtskraft dienen.

Damit hat sich auch der Begriff der materiellen Rechtsprechung als untauglicher Ausgangspunkt für die Lösung der Frage der Rechtskraft von Verwaltungsakten erwiesen.

10. Es liegt nahe, Aufschluß über unser Problem in Gebieten zu suchen, die der allgemeinen Verwaltung nahe stehen, jedoch besser durchnormiert sind als diese: Bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ihrem Wesen nach weitgehend Verwaltung ist⁶³⁾ und im Steuerrecht, das unbestritten zur Verwaltung gehört. Im

Ergebnis einer logischen Entwicklung aus dem Begriff der Rechtsprechung und ihr selbstverständlicher Begleiter.

60) Vgl. allgemein zum Begriff der materiellen Rechtsprechung die Abhandlung von *Friesenhahn*, Über Begriff und Arten der Rechtsprechung, Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950 (zit. Thoma-Festschrift) S. 21 ff. und die dortigen Literaturnachweise.

61) a. a. O. S. 27.

62) S. 75 f.

63) Das ist freilich bestritten, vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei *O. Mayer*, a. a. O., 1. Bd. S. 6 Anm. 10 und *Menger*, System, S. 44 N. 18. — Wie hier ferner: *Andersen*, a. a. O. S. 24; *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 163; Vornahmeklage, S. 27 (vgl. auch das dort in N. 35 zitierte Urteil des DOG); *Dahm*, Deutsches Recht, Stuttgart 1951, S. 360; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 587, 599, 734; *van Husen*, AöR 78. Bd. S. 49 ff. (52); *Kleinrahm*, DRZ 1947 S. 140; *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin 1951, S. 42; KG (West), NJW 1955 S. 229.

Ergebnis finden wir allerdings in beiden Rechtsgebieten keinen klaren Anhaltspunkt, ob und gegebenenfalls welchen VAen materielle Rechtskraft zuzuerkennen sei.

Für diejenigen Entscheidungen innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die gemäß § 18 Abs. 1 FGG jederzeit abänderbar sind, muß eine Rechtskraftwirkung schon deshalb verneint werden, weil Bindung an eine Entscheidung und Abänderlichkeit ein innerer Widerspruch sind⁶⁴). Aber auch sonst wird von der h. M. eine Rechtskraftwirkung von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im allgemeinen geleugnet⁶⁵). Nur für Ausnahmefälle wird sie anerkannt, wobei man sie meist beschränkt auf diejenigen Sondergebiete, die in Wirklichkeit streitige Gerichtsbarkeit darstellen, jedoch aus Gründen der Zweckmäßigkeit in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwiesen sind⁶⁶). Wie die Abgrenzung vorzunehmen ist, bleibt jedoch vielfach unklar.

Immerhin kann festgehalten werden, daß die neuere Meinung wohl dahingeht, streitentscheidenden Akten Rechtskraft zuzubilligen. Wenn man eine Parallele zum VA ziehen will, muß man aber beachten, daß die Problemstellung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit insofern viel einfacher ist, als hier in allen Fällen ein Richter in einem geordneten Verfahren entscheidet; die Frage, ob dies etwa eine Voraussetzung der Rechtskraft sei, taucht daher gar nicht auf.

Auch im Steuerrecht finden wir keine gefestigte und eindeutige Meinung zum Rechtskraftproblem. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sollten die Untersuchungen, die zu dieser Frage vorliegen, hier eingehend dargestellt werden⁶⁷). Wir müssen uns daher mit einer kurzen Betrachtung begnügen. Verschiedentlich wird für das Steuerrecht der Begriff der materiellen Rechtskraft überhaupt als unbrauchbar abgelehnt und dafür von Bindung

64) *Lent*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., München 1954, S. 61. — Vgl. auch oben S. 70.

65) Vgl. *Schlegelberger*, Gesetz über Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage, Köln 1952, Anm. 8 zu § 16 mit Nachweisen der Rechtsprechung und Literatur.

66) Vgl. *Lent*, a. a. O. S. 64; *Keidel*, Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Auflage, München 1954, Anm. 8 zu § 31. —

Habscheid, JZ 1954 S. 689 ff., erkennt allen Akten „in echten Streitsachen“ Rechtskraft zu; ähnlich auch *Baur*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch, Tübingen 1955, S. 268 ff.

Vgl. aus der Rechtsprechung: KG, JFG 13, 245 ff.; BGHZ 6, 258; OLG Hamm, DNotZ 1953 S. 201; OLG Frankfurt, NJW 1953 S. 1713.

67) Hauptsächlich sind zu erwähnen die Ausführungen von *Klein* im VerwArch Bd. 45 S. 49 ff. und in Fischers Z Bd. 77 S. 241 ff., wo sich auch weitere Literaturangaben finden.

oder Verbindlichkeit gesprochen⁶⁸). Sonst wird gewissen Steuerwaltungsakten Rechtskraft zugebilligt, allerdings den Verfügungen, also den gestaltenden Akten im allgemeinen nicht, was ja auch der sonst h. M. entspricht. Welchen Akten aber nun sonst Rechtskraft zukommen soll, bleibt offen. *Bühler*⁶⁹) will sie den Steuerbescheiden zuerkennen⁷⁰), *Klein*⁷¹) verneint dies entschieden. Er meint⁷²), das Rechtskraftinstitut diene zwar auch dem Zweck, die Rechtsstellung des Staatsbürgers gegenüber der Justiz und Verwaltung zu sichern und seine einmal behördlich anerkannten Rechte vor deren ändernden oder aufhebenden Eingriffen zu schützen. Die grundsätzliche Bedeutung der Rechtskraft bestehe aber darin, daß sie dem Rechtsfrieden der Gemeinschaft diene, also überwiegend ihrem Interesse an Rechtsbeständigkeit, Rechtsverläßlichkeit und Rechtssicherheit. Im Steuerrecht will er die materielle Rechtskraft auf einen engen Bereich beschränkt wissen. Er bejaht deshalb nur die Rechtskraft von steuerverwaltungsbehördlichen Entscheidungen⁷³), worunter er die auf Rechtsmittel einlegung ergangenen Entscheidungen der Finanzämter nach §§ 229, 259 AO versteht⁷⁴).

68) Vgl. *Barske*, Die Reichsabgabenordnung, Bücherei des Steuerrechts Bd. 9, Berlin 1944, S. 158; ausführlich ferner *Niemann*, VerwArch 40. Bd. S. 135 ff., der jede Rechtskraftwirkung von Staatsakten, die nicht im Prozeßverfahren ergehen, ablehnt. Insofern korrigiert er seine auf S. 140 ff. aufgestellte Behauptung, wonach jeder Streitentscheidung Rechtskraft angeboren sei und beschränkt sie (S. 150) nur auf die Entscheidungen unabhängiger Gerichte.

69) a. a. O. Bd. I, S. 380 f. Er weist darauf hin, daß im Steuerrecht die Rechtskraft streng auf den konkret entschiedenen Fall beschränkt bleibe, es sich bei laufenden Steuern jedoch bei jeder Veranlagung um eine neue Sache handle. — Vgl. dazu die instruktive Entscheidung RFinH 36, 11. — In Rechtskraft erwächst im übrigen nicht die Veranlagung, sondern das Ergebnis der Veranlagung, der Steuersatz (PrOVG b. Kunze-Kautz, Die Rechtsgrundsätze des kgl. Preuß. OVG, Berlin, 3. Bd. S. 884, Nr. 11).

70) Ebenso *Hensel*, Steuerrecht, 3. Auflage, Berlin 1933, S. 140.

71) VerwArch a. a. O. S. 61 ff. — Er stützt seine Ansicht darauf, daß es sich bei den Steuerbescheiden nicht um rein deklaratorische, sondern um gemischte VAe handle, die in sich gestaltende und entscheidungsmäßige Elemente vereinen (vgl. dazu auch hier S. 25 N. 44). — Dagegen ist einzuwenden, daß solche konstitutiven Elemente auch das zivilprozessuale Leistungsurteil hat (s. o. S. 25 N. 44), dessen Rechtskraftwirkung deshalb aber niemals angezweifelt wurde. — *Haffner*, a. a. O. lehnt ohne Grund den Begriff „gemischter VA“ ab und rechnet den Steuerbescheid zu den feststellenden VAen. Es ist aber falsch, den gestaltenden Teil des Steuerbescheides für so unwesentlich zu halten; denn er enthält die wichtige Zahlungsverpflichtung!

Gegen die Rechtskraft der Steuerbescheide auch *Mirbt*, Grundriß des deutschen und preußischen Steuerrechts, Leipzig 1926, S. 308.

72) VerwArch, a. a. O. S. 55.

73) VerwArch, a. a. S. S. 70 ff.

74) Der Reichsfinanzhof hat früher (1927) auch diese Auffassung vertreten (Amtl. Sammlg. 21, 85), sie jedoch 1937 unter Hinweis auf den (jetzt aufgehobenen) § 1 des Steueranpassungsgesetzes mit der Entscheidung 43, 34 auf-

Als Ergebnis kann man wohl festhalten, daß den feststellenden Steuerverwaltungsakten Rechtskraft zuerkannt ist, jedoch Streit darüber besteht, welche Akte man zu dieser Gruppe rechnen soll.

Versucht man, die Meinungen zum Rechtskraftproblem in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Steuerrecht vorsichtig zusammenzufassen, so scheint allgemein als Voraussetzung für eine materielle Rechtskraft die Unwiderruflichkeit eines in einem geordneten Verfahren ergangenen Aktes gefordert zu werden. Die Unwiderruflichkeit des VAes hatten auch wir zur Bedingung für eine materielle Rechtskraftwirkung gemacht⁷⁵⁾. Der Frage des Verfahrens wollen wir uns nun zuwenden.

11. Die Entscheidung, ob VAen materielle Rechtskraft zukomme, wird häufig von der Art des Verfahrens abhängig gemacht, in dem der entsprechende Akt ergangen ist.

Schon *Bernatzik* hatte grundsätzlich auch das Verfahren als wesentlich für das Rechtskraftproblem angesehen, ohne freilich im Ergebnis diesem Gedanken Bedeutung beizumessen⁷⁶⁾. In der durch *Bernatzik* ausgelösten Diskussion um die Rechtskraft der VAe wurde aber in der Folgezeit immer wieder auf die entscheidende Rolle der Verfahrensart für die Lösung der umstrittenen Frage abgestellt. So kommt es nach dem von *Schultzenstein* für den 26. Deutschen Juristentag verfaßten Gutachten darauf an, „ob und inwieweit (!) dasjenige Beschlußverfahren, in welchem sie (scil. die VAe) ergangen sind, nach den mit ihm erstrebten Zielen und nach seiner besonderen Ordnung in einem hierzu ausreichenden Maße als dem Verwaltungsstreitverfahren gleichstehend anzusehen ist“⁷⁷⁾. Nicht so eindeutig, jedoch wohl ebenso gemeint, ist die Parallele zum Verwaltungsprozeß, die der 26. Deutsche Juristentag gezogen hat; er beschloß⁷⁸⁾: „Die Rechtskraft der verwal-

gegeben. Er führte aus, es handle sich bei dem Einspruchsbescheid um keine Entscheidung eines unabhängigen Steuergerichts. Daher (?) sei nach der „heutigen Rechtsanschauung“ (!) eine Fehlerberichtigung auch dann nach § 222 Abs. 1 Ziff. 3 AO zulässig, wenn sich die Fehlerrückmeldung auf Streitpunkte beziehe, über die bereits durch Einspruchsbescheid rechtskräftig entschieden war.

75) Oben S. 70.

76) Vgl. oben S. 78 N. 51.

77) Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 1. Bd. S. 86 ff. (90). — In der Diskussion (3. Bd. S. 393) führte *Schultzenstein* noch aus, daß es Rechtskraft nur da geben könne, wo das Verfahren derart geregelt sei, daß man erwarten dürfe, daß alle von der Rechtskraft betroffenen Interessen und Rechte auch gehörig wahrgenommen und zur Geltung gekommen seien.

78) Verhandlungen, 3. Bd. S. 430. — Aus der Diskussion ergibt sich, daß zu den „Entscheidungen“, von denen der Beschluß spricht, auch Entscheidungen der Verwaltungsbehörden gerechnet werden sollten, vgl. a. a. O. S. 428. — Gegen diesen Beschluß wendet sich *Otto Mayer*, AÖR 21. Bd. S. 1 ff., mit scharfen Worten.

tungsgerichtlichen Urteile und der ihnen gleichstehenden Entscheidungen ist grundsätzlich anzuerkennen und zwar auch in der Weise, daß die Urteile (Entscheidungen) den Staat binden⁷⁹⁾.

Der Ansicht *Schultzensteins* folgt weitgehend *Hans Schmidt*⁸⁰⁾, der allerdings eine Bindung an alle Entscheidungen bejaht, für die die Berufung auf den Zivilrechtsweg zulässig ist⁸¹⁾. Auch *Hemmrich*⁸²⁾ und *Kamm*⁸³⁾ erkennen dem Verfahren eine gewisse Bedeutung für die Frage der Rechtskraft zu, ohne jedoch eindeutig Stellung zu nehmen. *Krusch*⁸⁴⁾ sieht als Rechtfertigung der Rechtskraft die Art der Tätigkeit der Gerichte an (unabhängige und objektive Behörde, sorgfältige Aufklärung des Sach- und Streitstandes, unparteiische Beweisaufnahme, Rechtsmittelzug), sowie die den Parteien gegebene Möglichkeit, alles vorzubringen, was für die Entscheidung von Bedeutung ist.

Neuerdings tritt *Forsthoff*⁸⁵⁾ dafür ein, denjenigen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden materielle Rechtskraft zuzuerkennen, die in einem Parteiverfahren ergehen, in dem die Beteiligten Gelegenheit haben, ihre Rechte und Interessen selbständig im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zu vertreten.

In der Judikatur wurde früher darauf abgestellt, ob das Verfahren so geregelt sei, daß es den Parteien volle Gewähr für eine gewissenhafte Erörterung des Streitstoffes und für eine unparteiische Sachentscheidung biete. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen hat das Reichsgericht VAen materielle Rechtskraft zuer-

79) Mit dieser Formulierung war die von österreichischer Seite gewünschte völlige Gleichstellung von verwaltungsgerichtlichen Urteilen und Entscheidungen der Verwaltungsbehörden nicht erreicht. — Die österreichische Ansicht zur Frage der Rechtskraft von VAen gibt neben *Bernatzik* (s. o. S. 77 ff.) und *Merkel* (s. o. S. 73 ff.) ausführlich *Tezner* wieder (VerwArch Bd. 19 S. 28 ff., 442 ff., Bd. 20 S. 102 ff.). Er meint, die Frage nach der Rechtskraft von VAen könne nicht anders beantwortet werden, als die nach der Rechtskraft von verwaltungsgerichtlichen Urteilen; denn „entweder ist jene Sicherheit, welche die Rechtskraft gewährt und die durch ein allgemeines Bedürfnis gefordert wird, mit den staatlichen Interessen vereinbar... oder sie ist mit dem Wesen der Verwaltung schlechthin unvereinbar“. (S. 135, 461 ff.)

80) a. a. O. S. 54 ff., 72 ff.

81) a. a. O. S. 73. — Damit stellt allerdings *Schmidt* unberechtigtweise das Verfahren, in dem ein VA ergeht, gleich mit der Möglichkeit einer Nachprüfung in einem gerichtlichen Verfahren. — Vgl. dazu unten S. 88 f.

82) a. a. O. S. 79 ff. Im einzelnen aber widerspruchsvoll, vgl. a. a. O. S. 79 oben gegen S. 83 unten und S. 84 oben.

83) a. a. O. S. 96. Seine Ausführungen betreffen allerdings speziell die Rechtskraftfrage in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

84) a. a. O. S. 47 ff.

85) a. a. O. S. 206 ff., insbes. S. 212. Er sieht als weitere Voraussetzung an, daß die Behörde einen „invariablen Tatbestand“ zu beurteilen habe; dieses Erfordernis ist nach seinen Darlegungen bei den Entscheidungen im engeren Sinne gegeben, d. h. bei den feststellenden Akten.

kannt⁸⁶⁾. Auch das Preußische OVG legte dem Verfahren maßgebliche Bedeutung bei⁸⁷⁾. Auf die Entscheidung BGHZ 9, 129 wurde schon hingewiesen⁸⁸⁾. Bemerkenswerterweise besteht trotz der generellen Verneinung der Rechtskraft von VAen auch für den BGH ein Zusammenhang zwischen der Art des Verfahrens und dem Institut der materiellen Rechtskraft.

12. Die Meinung, die die Frage der Rechtskraft von VAen mit der Ausgestaltung des Verfahrens verknüpft, ist grundsätzlich zu billigen. Das ergibt sich aus der Bedeutung, die der materiellen Rechtskraft im Rechtsleben zukommt. Wir können sie am besten aus der Funktion der Rechtskraft im Prozeß ableiten; denn hier ist sie heimisch. Die Aufgabe, die die Rechtskraft im Prozeß hat, kann aber nur erkannt werden, wenn wir uns über den Prozeßzweck im klaren sind.

Der Richter hat den Auftrag, wirkliche oder vermeintliche Störungen des Rechtslebens zu beseitigen. Er soll und kann ihn nur durch eine *gerechte* Entscheidung erfüllen. Also ist — wie schon *Plato* lehrte⁸⁹⁾ — Ziel des Prozesses, der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen⁹⁰⁾.

Diesem Prozeßzweck würde es entsprechen, daß eine ungerechte Entscheidung, also eine, bei der der Sachverhalt nicht vollständig oder nicht richtig erfaßt oder bei der das Recht nicht richtig angewandt wurde, keinen Bestand haben könnte⁹¹⁾. Es müßte daher den Parteien zu jeder Zeit gestattet sein, dieselbe Sache (Streitgegenstand, Tat) wieder vor den Richter zu bringen, bzw. die

Forsthoff trennt allerdings nicht scharf Rechtskraft und Unwiderruflichkeit; das zeigt sein Hinweis auf § 92 Abs. 2 Abgabenordnung, der ein Widerverbot enthält und keine Rechtskraftbestimmung ist.

86) Vgl. RGZ 112, 50 ff. und 122, 94.

87) Vgl. OVGE 41, 284 und 83, 362. In der letzteren Entscheidung wird ausgeführt, daß die Frage nicht allgemein entschieden werden könne, sondern zu beantworten sei „nach den Umständen des Falles unter Berücksichtigung der dafür maßgebenden gesetzlichen Vorschriften und unter Würdigung der Natur des Rechtsverhältnisses, sowie der Form des zu seiner Feststellung dienenden Verfahrens“.

88) Oben S. 69.

89) Staat, 4. Buch, X. Kap.

90) Für den Strafprozeß wie hier *Niederreuther*, Der Gerichtssaal Bd. 113, S. 305 ff. (307). Zutreffend auch *Hellwig*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 2 S. 39, der allerdings nicht von Gerechtigkeit, sondern von Wahrheit spricht, im Ergebnis aber das gleiche meint. — Demgegenüber nennt *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, Bonn 1896, S. 214, die materielle Wahrheit nicht das Ziel des Zivilprozesses, sondern nur ein zufälliges, wenn auch wünschenswertes Ergebnis. Zu eng ist auch *Walsmann*, RheinZ XII (1923) S. 414 ff., der der Gerechtigkeit als Prozeßzweck erst den zweiten Platz hinter dem „Rechtsfriedensbewahrungszweck“ einräumt, der für ihn der Prozeßzweck ist.

91) Vgl. *Niederreuther*, a. a. O. S. 306.

Richtigkeit des Urteils zu bestreiten, soweit die Entscheidung präjudiziell für einen anderen Prozeß ist. Eine wiederholte Aufrollung desselben Streitstoffes müßte solange zulässig sein, bis das Urteil wirklich gerecht wäre.

Abgesehen davon, daß die Feststellung, eine Entscheidung sei gerecht, wegen der menschlichen Unzulänglichkeit im Grunde nie getroffen werden kann, würde die Möglichkeit, jederzeit eine erneute Behandlung des alten Prozeßgegenstandes zu verlangen, nicht nur die Arbeit des Richters wertlos machen, sondern die ganze Rechtsordnung gefährden. Denn fast immer ist wenigstens eine Partei mit dem Urteil unzufrieden; der Streit würde kein Ende finden, und dies müßte im Ergebnis zur Auflösung der der Rechtsordnung führen. Das Interesse der Gemeinschaft, aber auch jedes Einzelnen verlangt daher gebieterisch, daß ein Streit einmal abgeschlossen werde⁹²⁾.

Die Bewahrung des Rechtsfriedens ist also das andere Prozeßziel. Wenn man dieses für sich allein betrachtet, so wäre es zu seiner Verwirklichung genügend, daß überhaupt eine endgültige Entscheidung ergeht; das Postulat der Gerechtigkeit könnte für diesen Zweck außer Betracht bleiben.

Der Prozeß dient daher zwei antinomischen Zielen: Gerechte Entscheidung und Bewahrung des Rechtsfriedens⁹³⁾. Beide ganz zu erreichen, ist nicht möglich⁹⁴⁾. Es kann von der Rechtsordnung nur versucht werden, einen Punkt zu finden, wo beide Zwecke in

92) Preußische Allgemeine Gerichtsordnung von 1793, § 65: „Die Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft gestatten es nicht, daß die Prozesse verewigt und die von dem Richter nach gesetzmäßiger Untersuchung anerkannten und festgestellten Rechte der Parteien unter irgendeinem Vorwand weiter angefochten werden.“

93) Diesen Doppelzweck betonen u. a. *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 2 f., und vor allem *Schönke*, Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold 1950, S. 11 ff. (vgl. auch *Stein-Jonas*, a. a. O. Einl. C). Sie stellen allerdings neben die Wahrung des Rechtsfriedens formaler als hier die Bewahrung des Rechts, und zwar einseitig der objektiven Rechtsordnung; der Schutz der subjektiven Rechte soll demgegenüber nur Mittel und Wirkung bzw. Folge des Prozeßzweckes sein. Auf diese mit der Lehre vom Rechtsschutzanspruch zusammenhängende Trennung kann hier nicht weiter eingegangen werden. — Was als Prozeßwerk — besonders im Zivilprozeß — anzusehen ist, war und ist freilich umstritten, der Bogen spannt sich von der Auffassung *Steins*, Grundriß des Zivilprozeßrechts, Tübingen 1921, Vorwort, der im Prozeß nur ein technisches Recht aller Ewigkeitswerte bar sieht, bis zu *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre, der in ihm „die richterliche Gestaltung der Rechtsidee im Einzelfall“ erblickt. Vgl. zu den verschiedenen Ansichten *Schönke*, a. a. O., und die Zusammenstellung bei *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 3 ff.

94) Ein ähnliches Spannungsverhältnis besteht zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit; dazu *Wimmer*, ArchRuSozPh 1952 S. 272 ff. (292), dem allerdings nicht gefolgt werden kann, wenn er dem Recht nur die Aufgabe der Ordnungssicherung zuerkennen will und die Gerechtigkeit in das Gebiet der Vernunft und des Ethos verweist. — Vgl. zu dem Verhältnis von Gerechtigkeit

weitgehendem Maße erreicht werden. Dieser Punkt ist mit dem Begriff der materiellen Rechtskraft eng verknüpft⁹⁵⁾. Sie dient dem Rechtsfrieden⁹⁶⁾. Sie wird aber erst wirksam, nachdem ein durch mannigfaltige Kautelen gesichertes Verfahren durchgeführt worden ist, das nach menschlichem Ermessen die beste Gewähr dafür gibt, daß der Forderung nach einer gerechten Entscheidung Genüge getan ist. Unter Umständen muß aber die Forderung der Gemeinschaft nach Rechtsfrieden dem Postulat der Gerechtigkeit weichen, was wir dann juristisch-technisch als Durchbrechung der Rechtskraft bezeichnen können (z. B. Wiederaufnahme des Verfahrens, beschränkte Rechtskraft des Strafbefehls, Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen⁹⁷⁾)⁹⁸⁾.

keit, Rechtssicherheit und Friedensbewahrung zueinander auch BVerfGE 3, 225 ff. (237).

Ob es sich bei der Antinomie von Gerechtigkeit und Rechtsfrieden ebenso wie beim Widerspruch zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit um einen Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst handelt (*Radbruch*, Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950, S. 353), erscheint zweifelhaft, es sei denn, man dehnt den Begriff der Gerechtigkeit ungewöhnlich weit aus.

95) Daß die Lehre von der Rechtskraft der Angelpunkt des gesamten Prozeßrechts sei, hat schon *Baumbach* (Baumbach-Lauterbach, a. a. O. Einf. zu § 322, Anm. 2 B) hervorgehoben. Auch *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre S. 232 meint, daß „in diesem Zentralproblem eines jeden Prozeßrechts“ sich die Bedeutung des Sachurteils, „und hiermit das Ziel und das Wesen des Prozesses überhaupt“ enthüllt. Ferner darf auf *Kaiser*, Die Sozialversicherung 1953 S. 199, verwiesen werden, der ausführt, daß die materielle Gerechtigkeit unter gleichzeitiger Wahrung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens am ehesten „durch das vom Reichsgericht bezüglich der Grenzen der Rechtskraft angewandte elastische System, welches auf den erhobenen Anspruch abstellt“ erreicht werde. — Freilich muß man sich auch vor der Übertreibung hüten, der Rechtskraft allein gemeinschaftserhaltende Wirkung beizulegen. Dagegen schon *Kohler*, AcP Bd. 114 S. 270 ff.: „Die Rechtskraft in allen Ehren und die soziale Bedeutung des rechtskräftigen Urteils in voller Anerkennung, allein man darf juristische Dinge nie zu einem heiligen Tabu übertreiben.“

96) So die h. M. — Auf die von ganz anderer Grundlage ausgehenden Auffassungen von *Kuttner*, Urteilswirkungen S. 246, und *Sauer*, Allgemeine Prozeßrechtslehre, S. 19, 233, kann hier nur hingewiesen werden. *Kuttner* sieht in der Rechtskraft „ein Palladium der bürgerlichen Freiheit gegen die Willkür und Ausschreitung der potentiell schrankenlosen übermächtigen Staatsgewalt“, während *Sauer* ganz im Gegensatz zu dieser liberalistischen These in der Rechtskraft die Gestaltung einer neuen Rechtslage für das Gemeinschaftsleben erblickt. Rechtskraft heißt für ihn prozessuale Rechtsgestaltungskraft, Sozialisierungskraft mit möglichster Erziehung zum Gemeinschaftssinn.

97) Auch die vom Reichsgericht aus § 826 BGB gewährte Klage zur Beseitigung der Rechtskraft ist nur damit zu begründen, daß — wenigstens nach der Auffassung des RG — hier der Rechtsfrieden der Gerechtigkeit zu weichen habe, vgl. *v. Hippel*, Staatsakt, S. 126 f.

98) Ähnlich wie hier *Wurzer*, Die Rechtskraft, eine Idee im Dienst des Rechts, Mannheim 1923. Er rechnet die Rechtskraft zu dem, was am Recht ewig ist. Obwohl nach seiner Meinung die Rechtskraft aus der Friedensidee entspringt, hebt er hervor (S. 13, 24 und auch sonst), daß bei Widerspruch

Die Institution der Rechtskraft kann nicht allein damit gerechtfertigt werden, daß sie der Bewahrung des Rechtsfriedens dient. Denn wer die gerechte Entscheidung (auch) als Prozeßziel ansieht, wird sich den Worten *Belings*⁹⁹⁾ nicht verschließen können: „Die tiefgreifenden Wirkungen der Rechtskraft erscheinen an sich unzweifelhaft anstößig.“ Eine zufriedenstellende Lösung dieses Konflikts und damit eine Rechtfertigung der Rechtskraft wird jedoch dadurch ermöglicht, daß man einer Entscheidung erst dann Rechtskraftwirkung beilegt, wenn das vorausgehende Verfahren so gestaltet ist, daß nach unseren Erkenntnismöglichkeiten ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad für eine richtige Entscheidung besteht.

13. Ein solches Verfahren muß gerichtsförmig, d. h. in seinen Grundzügen so aufgebaut sein, wie das von den Gerichten angewandte. Sind diese Erfordernisse erfüllt, so bestehen keine Bedenken, auch VAen materielle Rechtskraftwirkung zuzuerkennen.

Als Mindestvoraussetzungen für die Rechtskraft eines VAes sind demnach zu fordern:

Der Entscheidende muß sachlich unabhängig sein, da Entscheidungen „durch weisungsgebundene Beamte . . . schon dadurch weitgehend der einem richterlichen Urteil innewohnenden Garantie ermangeln“¹⁰⁰⁾. Dabei kann es nicht genügen, daß die Unabhängigkeit von Weisungen praktisch gegeben ist, sie muß vielmehr rechtlich gewährleistet sein¹⁰¹⁾. Eine persönliche Unabhängigkeit ist hingegen nicht erforderlich; sie wird ja selbst von Richtern nicht unbedingt verlangt¹⁰²⁾. Der Entscheidende darf kein persönliches Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, jedoch wird man nichts dagegen einwenden können, daß er als Mitglied einer staatlichen Behörde grundsätzlich zur Wahrung staatlicher Interessen berufen ist. Auch der Strafrichter wahrt das staatliche Interesse am Schutz der Gemeinschaft vor dem Rechtsbrecher, ohne daß damit der Strafrichter Partei wäre. Streitet allerdings der Bürger mit einer Behörde über einen konkreten Anspruch, zu dessen Gewährung gerade diese Behörde bestimmt ist, dann kann eine Entscheidung dieser Stelle nicht in Rechtskraft erwachsen, da es sich hier um eine Entscheidung in eigener Sache handelt.

zwischen der Friedensidee und „der ihr stets zügelnd zur Seite bleibenden Schwesteridee“, der Gerechtigkeitsidee, die Friedensidee der Gerechtigkeitsidee in bestimmten Maße weichen muß.

99) Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin 1928, S. 268.

100) BGHZ 9, 133.

101) Insoweit zutreffend OLG Celle, DVBl 1955 S. 88 ff. (91).

102) Vgl. Art. 97 GG.

Nicht erforderlich ist es, daß die Entscheidung in einem kontradiktorischen Verfahren ergeht, in dem zwei Parteien auftreten¹⁰³). Es ist auch unerheblich, ob es sich bei der Entscheidung um einen streitentscheidenden VA handelt. Dabei ist davon auszugehen, daß grundsätzlich auch streitentscheidende Tätigkeit von Verwaltungsbehörden ausgeübt werden darf¹⁰⁴). Ein gerichtsförmiges Verfahren liegt aber dann nicht vor, wenn ein Beanstandungsrecht, z. B. eines Ministers, gegen die behördliche Entscheidung besteht, wie z. B. nach Art. 42 des Bayer. Beamtengesetzes gegen Entscheidungen des Landespersonalamtes¹⁰⁵).

Den Betroffenen muß rechtliches Gehör in dem Maße gewährt werden, wie es in den Prozeßgesetzen vorgesehen ist, und das Verfahren muß so geordnet sein, daß die Beteiligten hinreichend Gelegenheit und Möglichkeit haben, ihren Standpunkt darzulegen, Anträge zu stellen, Beweis anzubieten, bei einer Beweisaufnahme anwesend zu sein und Fragen zu stellen usw.¹⁰⁶). Bei der Entscheidung darf nichts verwertet werden, was den Parteien unbekannt ist oder wozu sie nicht Stellung nehmen konnten.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung braucht jedoch nicht eingehalten zu sein¹⁰⁷), da es feste Beweisregeln auch in einem gerichtsförmigen Verfahren geben kann¹⁰⁸). Dagegen wird man schließlich noch verlangen müssen, daß die ergangene Entscheidung schriftlich begründet wird.

Für die Zuerkennung einer Rechtskraftwirkung ist es nicht ausreichend, daß die Möglichkeit besteht, Entscheidungen, die in einem nicht gerichtsförmigen Verfahren ergangen sind, vor einem

103) Für den Begriff der Rechtsprechung verlangt dies *Friesenhahn*, Thoma-Festschrift S. 27 und die ihm Folgenden; a. M. zu Recht OVG Lüneburg, OVG 5, 347 ff.

104) BVerwGE 1, 4 ff. — a. M. *Bettermann*, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, S. 102; OVG Münster, OVG 5, 84 ff. und ZMR 1952 S. 256; *Loppuch*, NJW 1953 S. 1126 ff.

105) Das BVerfG hat daher ein Beanstandungsrecht gegen Entscheidungen einer Behörde, die nach der Absicht des Gesetzgebers wie gerichtliche Entscheidungen respektiert werden sollen, für unzulässig erklärt, da dies dem Rechtsstaatprinzip widerspreche, für das Rechtsfrieden und Rechtssicherheit von zentraler Bedeutung seien (BVerfGE 2, 380).

106) Mündliche Verhandlung wird — wenigstens grundsätzlich — nicht zu verlangen sein; ebenso *Kamm*, a. a. O. S. 98 und *Krusch*, a. a. O. S. 47 ff. — Auch auf die Öffentlichkeit des Verfahrens wird man verzichten können, zumal zum Teil auch Gerichtsverhandlungen nicht öffentlich sind (so z. B. nicht die Verhandlungen vor den Bundesdisziplinargerichten und die Verhandlungen im Patentstreitverfahren vor dem BGH).

107) a. M. für Gerichte v. *Turegg*, NJW 1953 S. 1201 ff. (1202).

108) So weitgehend im angloamerikanischen Prozeß; gelegentlich aber auch im deutschen Prozeß (Urkundenbeweis, Protokoll).

Gericht anzufechten¹⁰⁹⁾; denn dem Prinzip der Friedenswahrung kann nur dann der Vorrang vor dem Postulat der Gerechtigkeit eingeräumt werden, wenn das in Frage stehende Verfahren selbst den hier aufgestellten Erfordernissen entspricht.

14. Wenn wir also sagen müssen, daß nur solchen VAen, die in einem gerichtsförmigen Verfahren ergangen sind, Rechtskraft zukommen kann, so stellt sich die Frage, ob wir dann nicht doch die Rechtskraft von dem Begriff der materiellen Rechtsprechung abhängig machen. Denn nennen wir nicht Entscheidungen, die in einem gerichtsförmigen Verfahren ergehen, Rechtsprechungsakte?

Wäre diese Folgerung richtig, so würde sich daraus für den Geltungsbereich des Grundgesetzes ergeben, daß VAe keine Rechtskraft haben. Denn Rechtsprechungsakte können von Verwaltungsbehörden nicht wirksam erlassen werden, da die Rechtsprechung allein den Richtern anvertraut ist (Art. 92 GG)¹¹⁰⁾.

Es ist hier nicht der Ort, eine Klärung des Begriffs der Rechtsprechung zu versuchen¹¹¹⁾. Es muß jedoch kurz auf ihn eingegangen werden, um die Beziehungen zwischen Rechtsprechung und gerichtsförmigen Verfahren aufzuzeigen. Dabei sind alle Deutungsversuche durch Art. 92 GG in bestimmte Bahnen gelenkt.

Angesichts dieses Verfassungssatzes scheidet jede formale Begriffsbestimmung aus¹¹²⁾. Rechtsprechung im Sinne des ersten Halbsatzes des Art. 92 GG kann nur einen materiellen Inhalt haben. Daher ist Rechtsprechung auch nicht dasselbe wie rechtssprechende Gewalt¹¹³⁾; diese ist vielmehr die von den Richtern ausgeübte Rechtsprechung; die Ausdrucksweise des Art. 92 GG ist insofern pleonastisch. Freilich gebraucht das Grundgesetz nicht überall den materiellen Begriff, wenn es von Rechtsprechung spricht. So ist in der Überschrift des IX. Abschnittes des GG „Rechtsprechung“ nicht im materiellen Sinne, sondern synonym mit Gerichtsbarkeit verwendet. Wir haben uns aber nur mit der Bedeutung der Rechtsprechung im materiellen Sinne (Art. 92 GG) zu beschäftigen.

Rechtsprechung umfaßt nicht das, was den Gerichten zugewiesen ist. Abgesehen davon, daß bei dieser Auffassung Art. 92 GG die völlig nichtssagende Deklaration einer Selbstverständlichkeit ent-

109) Diese Möglichkeit besteht nach Art. 19 Abs. 4 GG für alle Akte der öffentlichen Gewalt.

110) So zutreffend die h. M.; vgl. *Holtkotten*, Bonner Kommentar, Art. 92 Anm. II 1 d mit Nachweisen, a. M. v. *Turegg*, NJW 1953 S. 1202 (unter unzutreffender Berufung auf *Bachof*).

111) Vgl. die Darstellung der wichtigsten Lehrmeinungen bei *Menger*, System, S. 36 ff.

112) *Bachof*, ZJP Bd. 65, S. 4. A. M. *Menger*, System, S. 50, der aber auf die durch Art. 92 GG aufgeworfene Problematik nicht eingeht.

113) a. M. *Dernedde*, ZJBBrZ 1949 S. 101 ff. (102).

hielte, würde es auch ganz in der Hand des Gesetzgebers liegen — ohne Verfassungsänderung! —, Gebiete, die bisher nach allgemeiner Meinung zur Rechtsprechung gehörten, etwa die Verfassungsgerichtsbarkeit, den Richtern zu entziehen und Verwaltungsbeamten zuzuweisen.

Ebenso klärt es den Begriff der Rechtsprechung nicht, wenn man sagen würde, sie läge immer dann vor, wenn die Entscheidung in einem gerichtsförmig ausgestatteten Verfahren ergeht¹¹⁴⁾. Auch hier läge es wieder unzulässigerweise in der Hand des einfachen Gesetzgebers, das Verfahren zu ändern und damit der Dritten Gewalt Aufgaben zu entziehen, die in ihren Bereich gehören.

Zur Begriffsbestimmung ist es auch ungeeignet, wenn man wie *Friesenhahn*¹¹⁵⁾ Rechtsprechung nur dann als vorliegend erachtet, wenn die Entscheidung von einem unbeteiligten Dritten erlassen wird. Auch die Ansicht *Mengers*¹¹⁶⁾ und *Ridders*¹¹⁷⁾, die Rechtsprechung dort sehen, wo ein gegenüber allen anderen Staatsorganen unabhängiges Staatsorgan Richter entscheidet, muß abgelehnt werden. Das würde dem Gesetzgeber ermöglichen, den Bereich der doch gerade durch Art. 92 GG garantierten Gerichtsbarkeit willkürlich einzuschränken; denn er brauchte nur beteiligte bzw. abhängige Beamte zur Entscheidung zu berufen.

Der Begriff der Rechtsprechung muß also unabhängig davon gefunden werden, ob die Entscheidung einem Gericht zugewiesen ist, ob sie in einem gerichtsförmigen Verfahren ergeht und ob ein unbeteiligter Dritter zur Entscheidung bestimmt ist. Was unter den Begriff der materiellen Rechtsprechung fällt, kann hier dahingestellt bleiben. Wahrscheinlich sind dabei aber stärker historische Gesichtspunkte zu berücksichtigen als exakte Definitionsversuche.

Sicher ist nur, daß wenn ein Rechtsprechungsakt vorliegt, er in einem gerichtsförmigen Verfahren durch einen unbeteiligten Dritten, eben durch einen Richter, erlassen werden muß¹¹⁸⁾. Es ist also nicht Voraussetzung des Begriffs der Rechtsprechung, daß ein gerichtsförmiges Verfahren vorliegt und daß ein unbeteiligter Dritter entscheidet¹¹⁹⁾, sondern es ist die Folge eines sich als

114) Insoweit zutreffend *Loppuch*, NJW 1953 S. 1128, *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 583.

115) Thoma-Festschrift S. 21 ff.; ihm folgt u. a. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 583. Dagegen OVG Lüneburg, OVG 5, 347 ff.

Ähnlich wie *Friesenhahn* schon früher *Böttcher*, ZZP Bd. 51 S. 206 ff., allerdings für eine andere verfassungsrechtliche Situation.

116) System S. 49.

117) Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 127.

118) Zur entgegengesetzten Meinung *Haffners* vgl. oben S. 23 N. 29.

119) Insofern ist die Begründung des VGH Stuttgart, NJW 1953 S. 878 nicht stichhaltig. Dort wird die Zuständigkeit der Preisbehörde für die Festsetzung

Rechtsprechung darstellenden Staatsaktes, daß er in einem gerichtsförmigen Verfahren ergehen muß, und daß die Entscheidung ein unbeteiligter Dritter (Richter) zu fällen hat¹²⁰⁾.

Wir haben damit erkannt, daß zwar jeder Akt der Rechtsprechung in einem gerichtsförmigen Verfahren erlassen werden muß, daß aber das Verfahren allein noch nicht bewirkt, daß ein in ihm verkündeter Akt zur materiellen Rechtsprechung zu rechnen ist¹²¹⁾. Der Begriff der Rechtsprechung ist vielmehr unabhängig vom Kriterium des Verfahrens zu finden. Somit ist bewiesen, daß es Akte geben kann, die in einem gerichtsförmigen Verfahren ergehen, jedoch nicht Rechtsprechung sind^{121a)}.

Es steht dem Gesetzgeber frei anzuordnen, daß gewisse Akte, die materiell keine Rechtsprechung darstellen, trotzdem in einem gerichtsförmigen Verfahren ergehen müssen. Soweit das Verfahren vor Verwaltungsbehörden den hier aufgestellten Erfordernissen genügt, kommt folglich den auf Grund eines solchen Verfahrens erlassenen VAen materielle Rechtskraft zu, sofern sie ihrer Natur nach überhaupt Rechtskraftwirkung äußern können¹²²⁾.

der Untermiete nach der VO Pr 111/47 entgegen der Meinung des OVG Münster, OVG 5, 84 und ZMR 1952 S. 256, sowie von *Bettermann*, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, S. 102, darauf gestützt, daß es sich nicht um Rechtsprechung handle, weil die Preisbehörde kein unbeteiligter Dritter sei.

120) Zu Unrecht folgert allerdings *Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1950, S. 46 und 128, aus Art. 92 GG, daß Verwaltungsbehörden keine autoritativen Entscheidungen von Rechtsfragen endgültig vornehmen dürften. Soweit N. auf die Überprüfung jeder behördlichen Maßnahme durch Gerichte hinweisen will, so ist dafür Art. 19 IV, nicht 92 GG die maßgebliche Norm. Andererseits muß die Behörde bei jedem VA autoritativ Rechtsfragen entscheiden. Es zeigt sich hier deutlich, daß die Gleichsetzung von Rechtsprechung und Entscheidung von Rechtsfragen in Hinblick auf Art. 92 GG nicht mehr möglich ist.

121) Auf der anderen Seite können auch dem Richter Aufgaben zugewiesen werden, die nicht zur materiellen Rechtsprechung gehören, *Friesenhahn*, Thoma-Festschrift, S. 43.

121 a) Das BVerwG, DÖV 1955 S. 763 f. = NJW 1955 S. 1892 f., hat neuerdings die verbindliche, „d. h. in materieller Rechtskraft erwachsende Feststellung dessen, was in Anwendung eines Rechtssatzes zwischen den Beteiligten rechtens ist“, als Rechtsprechung bezeichnet und hat von diesem Standpunkt aus mit Rücksicht auf Art. 92 GG den Erlaß solcher Akte durch Verwaltungsbehörden als unzulässig bezeichnet. Beide Prämissen des BVerwG sind falsch: Weder sind Verbindlichkeit (einschließlich verbindlicher Feststellungen) und Rechtskraft identisch, noch folgt aus der Rechtskraft eines Staatsaktes dessen Qualifikation als Rechtsprechungsakt.

122) Zweckmäßigerweise wird man freilich Entscheidungen, die so bedeutsam sind, daß sie unabhängige Beamte und gerichtsförmiges Verfahren verlangen, den allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgerichten zuweisen. So geschehen z. B. für den Rekurs nach §§ 20, 21 Gewerbeordnung durch § 38 II der süddeutschen VGG. Die gleiche Tendenz zeigt die neue Sozialgerichtsbarkeit. — Immerhin kann auch die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde empfehlenswert sein, um eine Überbelastung der Gerichte zu vermeiden.

15. Die Anforderungen, die an ein gerichtsförmiges Verfahren zu stellen sind, erfüllen z. B. die folgenden Verfahren vor Verwaltungsbehörden:

das Verfahren der Beschlüssausschüsse in der britischen Zone¹²³⁾;

das Verfahren vor den Beschwerdeausschüssen nach dem Soforthilfegesetz¹²⁴⁾, die — obwohl als Verwaltungsgerichte in § 69 Abs. 2 Soforthilfegesetz bezeichnet — Verwaltungsbehörden sind¹²⁵⁾;

das Verfahren vor den Beschwerdestellen nach §§ 12 ff. des Landeswohnungsgesetzes von Nordrhein-Westfalen¹²⁶⁾;

das Verfahren vor den Haftentschädigungsausschüssen und der Kammer für Haftentschädigung nach der 1. DVO¹²⁷⁾ zum Gesetz über die Entschädigung für Freiheitsentziehung aus politischen, rassischen und religiösen Gründen (Nordrhein-Westfalen)¹²⁸⁾.

123) Art. VII der VO Nr. 141 der britischen Militärregierung (ABl. der MilReg. Nr. 23 S. 719; VOBl. BritZ. 1948 S. 111). Dazu die landesrechtlichen Regelungen: Nordrhein-Westfalen VO v. 23. 6. 1948 (GVBl. S. 197); Niedersachsen, VO v. 14. 6. 1948 (GVBl. S. 67); Schleswig-Holstein, Gesetz v. 15. 6. 1948 i. d. Fass. v. 27. 11. 1951 (GVBl. S. 199). — Über „Die Rechtsstellung der Beschlüssausschüsse in Nordrhein-Westfalen“ vgl. *Hans J. Wolff* in der Festschrift für Karl Arnold, Köln 1955, S. 291 ff. Da — wie allgemein anerkannt — die Beschlüssausschüsse frei von Weisungen nur nach ihrer Überzeugung zu entscheiden haben, muß es bezweifelt werden, daß sie — wie *Wolff*, a. a. O. S. 306 und *Wiethaup* DVBl 1951, S. 621 behaupten — an ministerielle Richtlinien gebunden werden können. Sollte die Praxis freilich so verfahren, so könnte eine materielle Rechtskraft von VAen der Beschlüssausschüsse nicht anerkannt werden. — *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 628 ff. leugnet zu Unrecht die Rechtskraft von Entscheidungen der Beschlüssbehörden.

124) v. 8. 8. 1949 (WiGBL. S. 205) §§ 59 ff.

125) BVerwGE 1, 4 ff. = DVBl. 1954 S. 17 ff. mit zustimmender Besprechung von Darnedde; BVerfG, NJW 1956 S. 137.

126) v. 9. 6. 1954 (GVBl. S. 205); eine entsprechende Regelung enthielten §§ 36 ff. des LWG v. 23. 1. 1950 (GVBl. S. 25). Diese Beschwerdestellen sind an die Stelle der Schlichtungsstellen nach § 8 ff. der DVO des Oberpräsidenten der Nordrheinprovinz zum Wohnungsgesetz in der Fassung v. 17. 1. 1947 (GVBl. S. 101) getreten; diesen Entscheidungen hat das OVG Münster, ZMR 1953 S. 72, mit Recht materielle Rechtskraft zugebilligt.

127) v. 12. 5. 1949 (GVBl. S. 97).

128) v. 11. 2. 1949 (GVBl. S. 63). —

Vgl. dazu die Entscheidung des BVerfG v. 1. 7. 1953, BVerfGE 2, 380, durch die das Beanstandungsgesetz v. 3. 8. 51 (NRW GVBl. S. 105) für nichtig erklärt wurde, da es dem Innenminister eine Beanstandung der formell rechtskräftigen Entscheidungen der Ausschüsse und Kammern gestattete. Vgl. ferner OVG Münster, NJW 1953 S. 1158. Loppuch vertritt in einer Anmerkung dazu allerdings die Ansicht, daß die Ausschüsse (Kammer) besondere Verwaltungsgerichte seien. Dem muß schon entgegengehalten werden, daß die oben (zu Nr. 126) genannten Beschwerdestellen sogar gem. §§ 16 ff. mit Vorsitzenden und Stellvertretern besetzt sind, die persönliche Unabhängigkeit genießen, und deren Verfahren mindestens ebenso justizförmig ist wie das in Haft-

Schließlich gehört auch das Verfahren vor den Seeämtern und dem Bundesoberseeamt hierher¹²⁹⁾. Es handelt sich hier nicht um besondere Verwaltungsgerichte¹³⁰⁾; denn die Verwaltungsanordnung über die Errichtung des Bundesoberseeamtes wurde auf Grund des Art. 86 GG erlassen, der die bundeseigene Verwaltung regelt. Daher bestimmt auch § 2 dieser Verwaltungsanordnung zutreffend, daß das Bundesoberseeamt eine Bundesoberbehörde sei. Würde es sich um ein oberes Bundesgericht handeln, dann müßte es auch in Art. 92 GG genannt sein.

10. Kapitel

Gestaltungswirkung

1. Das Ergebnis der Untersuchung über die materielle Rechtskraft der VAe hat den bescheidenen Umfang dargetan, in dem eine Bindung an VAe durch Rechtskraftwirkung in Frage kommt. Da die Mehrzahl der VAe gestaltender Natur sind, wollen wir uns jetzt dieser Gruppe besonders zuwenden und ihre spezifische Wirkung — die Gestaltungswirkung — einer Prüfung im Hinblick auf das Bindungsproblem unterziehen. Dabei müssen wir uns vorerst auf die Frage beschränken, ob die Gestaltungswirkung an sich zwingend eine Bindung in sich schließt. Erst wenn das zu verneinen wäre, müßte untersucht werden, ob aus anderen Gründen eine Bindung des Zivilrichters an gestaltende VAe bejaht werden könnte.

Die herrschende Meinung leitet unmittelbar aus der Gestaltungswirkung eines Aktes seine Verbindlichkeit ab. Zur Begründung wird vorgetragen:

a) Alle Gestaltungsakte wirken absolut, d. h. jedermann muß die durch die Gestaltung bewirkte Veränderung der Rechtslage anerkennen. Daraus folgt, daß auch der Zivilrichter an gestaltende VAe gebunden ist.

b) Auch wer eine absolute Gestaltungswirkung leugnet, kann aus der Gestaltungswirkung des VAes unmittelbar auf seine Verbindlichkeit schließen. Denn der Richter ist an das Recht gebunden.

entschädigungssachen; trotzdem ist diesen Stellen nur die Rolle der Beschwerdeinstanz, also einer Verwaltungsbehörde, zugewiesen worden, gegen deren Entscheidung Klage zum Verwaltungsgericht zulässig ist (vgl. dazu auch OVG Münster, OVG 4, 8).

129) Gesetz über die Untersuchung von Seeunfällen v. 28. 9. 1935 (RGBl. I S. 1183) und die Verwaltungsanordnung über die Errichtung des Bundesoberseeamtes v. 26. 11. 1950 (BGBl. S. 768).

130) So aber Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 650, unter Hinweis auf das gerichtsförmige Verfahren. Das Verfahren macht eine Behörde aber noch nicht zum Gericht, vgl. oben S. 89 ff.

Er muß daher die durch einen gestaltenden Akt veränderte Rechtslage seiner Entscheidung zu Grunde legen, d. h. er ist an den VA gebunden, allein weil er gestaltender Natur ist. Für die Verbindlichkeit macht es keinen Unterschied, ob der Akt fehlerhaft ist oder nicht; es kommt allein darauf an, ob er wirksam ist. Denn jeder wirksame Gestaltungsakt verändert die Rechtslage.

Beide Thesen können nicht überzeugen. Die erste deshalb nicht, weil der Ausschluß relativer Gestaltungswirkung im Widerspruch mit dem geltenden Recht steht und auf einer Vertauschung juristischen mit mechanistisch-naturwissenschaftlichem Denken beruht. Die zweite These krankt daran, daß sie das entscheidende Glied ihrer Deduktion ausläßt. Es ist nämlich gerade die Frage, ob die durch die Verwaltungsbehörde bewirkte Gestaltung auch in den Bereich der Gerichte hinüberwirkt; es muß erst bewiesen werden, ob die Gestaltung im Bereich der Verwaltung auch dann vom Zivilrichter anzuerkennen ist, wenn der betreffende Gestaltungsakt gegen das Recht verstößt. Nur wer eine lückenlose Einheit der gesamten Rechtsordnung in dem Sinne bejaht, daß der gleiche Sachverhalt in allen Teilrechtsordnungen die gleiche Rechtsfolge hervorbringt, vermag unmittelbar aus der Gestaltungswirkung in einem Sektor auf eine Veränderung in allen Gebieten des Rechtes zu schließen. Grundlage der Bindung ist aber dann nicht allein die Gestaltungswirkung, sondern die unausgesprochene Voraussetzung von der Einheit der Rechtsordnung. Dann müßte die Richtigkeit dieser Voraussetzung nachgewiesen werden; auf die Gestaltungswirkung an sich vermag auch die zweite These nicht gegründet werden.

Dieser kurzen Skizzierung der Problemstellung soll eine Widerlegung der Gegenmeinung im einzelnen folgen.

2. Wir haben oben¹⁾ klargestellt, daß die Wirkung der gestaltenden Akte nicht in einer Veränderung in der Welt der Tatsachen liegt. Aber auch wenn wir uns darüber klar sind, ist der folgende Gedankengang scheinbar einleuchtend: Da in der Rechtswelt eine Veränderung stattgefunden habe, müsse der Richter diese neue Lage berücksichtigen. Dies gelte auch dann, wenn der Richter den VA für fehlerhaft halte; denn es komme nicht auf den Inhalt, sondern auf die Wirkung des Aktes an. Da aber der gestaltende Akt eine Veränderung bewirke, so könne logischerweise der Richter nicht daran vorbeigehen, sondern müsse die neue Lage zum Ausgangspunkt seiner Erkenntnis machen.

Eine solche Auffassung liegt offensichtlich auch der herrschenden Lehre von der absoluten (inter omnes) Wirkung aller gestal-

1) S. 64.

tenden Akte zugrunde²⁾). Davon ausgehend scheint der Schluß unabweislich, eine Veränderung in der Rechtswelt müsse jedermann, also auch der Richter anerkennen; die Anerkennung der Gestaltungswirkung habe mit dem Problem der Bindung nichts zu tun, sondern erweise sich einfach als ein Gebot der Logik³⁾.

Diese Schlußfolgerungen setzen jedoch unzulässigerweise Veränderungen rechtlicher Beziehungen gleich mit Veränderungen tatsächlicher Verhältnisse.

Im Grunde geht die Auffassung von der absoluten Gestaltungswirkung auf eine körperweltliche Konzeption von Rechtsbegriffen⁴⁾ zurück, nach der allerdings alle Veränderungen absolut wirken müssen. „Diese seltsame Transposition naturwissenschaftlicher Methodik auf die in Wahrheit teleologischen Zweckvorstellungen entsprungenen Rechtsbegriffe“⁵⁾ entstammt der Denkmethode der Begriffsjurisprudenz und wurde im wesentlichen durch Jherings Lehre von den Rechtskörpern⁶⁾ begründet. Wenn diese Theorie heute auch als längst überwunden gilt, beeinflußt sie doch immer noch unser Denken. Dieser „Hang der Juristen“, eine bildliche Ausdrucksweise für geschichtliche Wahrheiten zu nehmen⁷⁾, ist wiederholt bekämpft worden⁸⁾, jedoch ohne nachhaltigen Erfolg.

2) Vgl. statt aller *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 387.

3) So *Vahlbruch*, a. a. O. S. 31 und wohl, wenn auch nicht immer so deutlich, die herrschende Lehre.

4) Auch *Becker*, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung Berlin 1910, insbes. S. 22 ff., und *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1914, 2. Bd. 1. Hälfte, S. 5 N. 7, die von „geistiger Realität“ sprechen, haben sich im Ergebnis von körperweltlichen Vorstellungen nicht frei machen können. Vgl. dazu auch *Peter*, AcP Bd. 132, S. 22 ff.

5) *Boehmer*, a. a. O. 2. Buch, 1. Abteilung, S. 73 ff.

6) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 5. Auflage, Leipzig 1894, 2. Teil, S. 362 ff. Ihm folgt in der Sache *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879, S. 200 ff.

7) *Zepos*, ArchRSozPh Bd. 27 S. 480 ff. (482 ff.), meint (unter Kritik von *Kipp* — vgl. dazu die folgende Fußnote —), daß es sich bei der Bildersprache um ein terminologisches Verfahren ohne jede innere Bedeutung handle und man daraus nicht den Schluß ziehen dürfe, daß damit die naturwissenschaftliche Methode in das juristische Denken eingeführt sei. Diese Kritik geht fehl, denn die Gefahr liegt nicht darin, daß die naturwissenschaftliche Methode eingeführt wird, sondern daß sie sich einschleicht. Eine Bildersprache hat sehr wohl eine innere Bedeutung. Man lese nur etwa bei *Stein*, Grenzen und Beziehungen, S. 87: „Daß die materielle Rechtskraft eine Wirkung ist, die von dem Urteil ausströmt, eine Kraft zur Fernwirkung, darüber besteht kein Zweifel.“

8) *Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Martitz, Berlin 1911, S. 211 ff.: „Wir alle sind in der Theorie heutiges Tages wohl davon überzeugt, daß es Bildersprache ist, wenn wir vom Entstehen, Sichverändern,

3. An Stelle der juristischen Wertung und Zurechnung tritt die grobe mechanistisch-naturwissenschaftliche Denkform, die aus der Schaffung einer neuen „Rechtstatsache“ auf ihre absolute Verbindlichkeit schließt. Wer aber die Eigengesetzlichkeit juristischer Logik gegenüber der mathematisch-naturwissenschaftlichen Denkweise anerkennt⁹⁾, wird schon hieraus die apriorische Wirkung der Gestaltungsakte bezweifeln müssen.

Da die Prämissen für Erklärungen von Vorgängen in der Rechtswelt nicht in der Welt der Tatsachen, in der „Körperwelt“, gesucht werden dürfen, ist uns die Basis für eine Übernahme dort herrschender Gesetzmäßigkeiten entzogen. Daß wir trotzdem immer wieder zu einer Verschiebung neigen, ist psychologisch verständlich. Wir können uns nur schwer von den Vorstellungen aus der uns näher liegenden Welt der Tatsachen freimachen. Wenn wir von einer Veränderung rechtlicher Beziehungen hören, so stellen wir uns darunter unwillkürlich das Gleiche vor, wie etwa bei einer „Veränderung“ in der Chemie. Diese wirkt allerdings absolut. Es

Untergehen, Erlöschen von Rechten und Rechtsverhältnissen, von Rechtsübertragungen usw. sprechen... Aber unsere juristischen Argumentationen sind, wie mir scheint, noch nicht genug von dieser Erkenntnis durchdrungen; es begegnet uns noch zu oft die körperweltliche Auffassung von Rechten und Rechtswirkungen für mehr als ein Bild, für eine Wahrheit zu nehmen, und daraus Schlußfolgerungen zu ziehen, die der inneren Berechtigung entbehren und sich vermeiden lassen, wenn man von jener körperlichen Auffassung sich lossagt.“

Krükmann, ZJP 46. Bd. S. 373: „Dasein der Forderung und Notwendigkeit, die Forderung als daseiend anzuerkennen, sind zwei sehr verschiedene Dinge... Das ist der bei den Juristen immer noch nicht genügend überwundene Hang zu absoluter Betrachtung, als ob es sich um geschichtliche Wahrheiten handelte, von denen wir herkömmlicher Weise annehmen, daß sie entweder absolut da sind oder absolut nicht da sind.“

Binder, Prozeß und Recht, Leipzig 1927, S. 311 ff. wendet sich überhaupt gegen das Wort Wirkung und führt zutreffend aus, daß von Ursache und Wirkung nur im Bereich der Tatsachen die Rede sein könne, während es die Kategorie der Kausalität bei rechtlichen Beziehungen nicht gebe. Vgl. auch sein „System der Rechtsphilosophie“, Berlin 1937, S. 85 ff. Wie *Binder*, *Böttcher*, Rechtskraft, S. 7, und *Peter*, a. a. O. S. 21. — Auch *E. v. Hippel*, Staatsakt, S. 132, N. 502, hat sich gegen die Verwandlung des rechtlichen Grund-Folge-Verhältnisses in ein naturwissenschaftliches Verhältnis von Ursache und Wirkung gewandt.

Ehrenzweig, System des österreichischen Privatrechts, 2. Auflage, Wien 1951, I/1. S. 147 ff.: „Die Gesetze der Körperwelt dürfen auf die Welt des Rechts nicht einmal analog angewendet werden.“ „Der Begriffsrealismus ist eine gefährliche Verirrung. Er verleitet dazu, den Anforderungen des Verkehrslebens aus Gründen der ‚Logik‘, d. h. ohne vernünftigen Grund, entgegenzutreten.“

Vgl. ferner *Goldschmidt*, AcP Bd. 117 S. 22 und neuerdings *Bettermann*, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 96 ff.

9) Vgl. hierzu die überzeugenden Ausführungen von *Walz*, Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre *Felix Kaufmanns*, Stuttgart 1928.

bedeutet aber eine unzulässige Begriffsassoziation, wenn wir „Veränderungen“ und „Gestaltungen“ in der Rechtswelt gleiche Bedeutung zulegen wie gleichnamigen Vorgängen in der Körperwelt. Denn die Rechtswelt hat es nicht mit Realitäten, sondern mit gedachten Rechtsfolgen zu tun.

So ist es zwar von einer körperweltlichen Vorstellung aus „unlogisch“ — jedoch geltendes Recht —, daß zwar A und B nicht bestreiten können, daß das zwischen ihnen ergangene rechtskräftige Leistungs- oder Feststellungsurteil richtig ist, C aber sehr wohl wirksam bestreiten kann, daß das zwischen den Prozeßparteien ergangene Urteil richtig ist¹⁰⁾.

4. Gegenüber der h. M. ist allerdings auch in der Literatur gelegentlich die relative Wirkung von Gestaltungsakten vertreten worden¹¹⁾. So hat schon *J. Goldschmidt* auf die Rechtsfigur der „relativen Unwirksamkeit“ hingewiesen¹²⁾. Hier zeigt sich tatsächlich deutlich¹³⁾ die Unhaltbarkeit der Ansicht der herrschenden Lehre. Das mag an einem Beispiel zu § 137 BGB demonstriert werden. Wird das Vermögen des Angeschuldigten A gemäß § 284 Abs. I StPO mit Beschlag belegt und überträgt A danach das Eigentum an einem Vermögensstück — durch privatrechtlichen Gestaltungsakt — auf B, so wird B allen gegenüber Eigentümer, nur der Staatskasse gegenüber bleibt A weiterhin Eigentümer.

Neuerdings hat *Bettermann*¹⁴⁾ an vielen Einzelbeispielen gezeigt, daß die These von der absoluten Wirkung aller Gestaltungsakte nicht haltbar ist und *Pohle*¹⁵⁾ hat die zwingende Ver-

10) § 325 ZPO. — Die entgegengesetzte Auffassung (C könne insoweit die Richtigkeit des Urteils auch nicht bestreiten) vertritt allerdings *Mendelssohn-Bartholdy*, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900, S. 303, 424 ff.; Die Rechtskraftwirkung der Schiedssprüche, Festschrift für Franz Klein, S. 147 ff. (168); DJZ 1910 Sp. 190. Sie ist nach dem geltenden Recht jedoch nicht haltbar.

11) Vgl. außer den im folgenden Genannten: *Kisch*, Beiträge zur Urteilslehre, S. 79; *Coester*, a. a. O. S. 77 ff., 83; *Husserl*, Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925, S. 157.

12) AcP Bd. 117 S. 22 ff.

13) Es sei denn, man leugnet die Vorstellung relativer Wirkungen überhaupt, so *Pagenstecher*, RheinZ Bd. 6 S. 498, 535, da er sich eine solche überhaupt nicht denken (!) könne. Mit dem geltenden Recht ist eine solche Verneinung unvereinbar. Im einzelnen ist es allerdings streitig, besonders bei den relativen Verfügungsverboten, wo solche Fälle vorliegen, vgl. dazu die Kommentare zu § 135 BGB, die ganz widersprechende Ansichten vertreten, was nur ein Beweis für die psychologische Schwierigkeit solcher Vorstellungen ist.

14) Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 96 ff.

15) Entscheidungsbesprechung, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Band 3 (1953), Göttingen, S. 335 ff. (339).

koppelung relativer Rechte mit relativer Rechtsgestaltung darge-
tan. Er meint allerdings, daß im Zweifel das Gestaltungsurteil
gegenüber jedermann wirke. Wenn das richtig ist, so kann dies
jedenfalls nicht aus der Gestaltungswirkung an sich folgen; denn
hier ist die zwingende Koppelung zwischen absoluter und Gestal-
tungswirkung aufgehoben; aus der Gestaltungswirkung allein
kann also nicht auf eine absolute Wirkung des Gestaltungsaktes
geschlossen werden.

5. In diesem Zusammenhang verdient die Lehre *Kruschs*¹⁶⁾
besondere Beachtung. Er hat nachzuweisen versucht, daß alle Ge-
staltungsurteile — einschließlich derjenigen in Statussachen —
nur relative Wirkung äußern könnten, sofern es nicht anders ge-
setzlich bestimmt sei. So trete z. B. auch bei der Ehescheidung
eine Wirkung gegen Dritte nicht ein¹⁷⁾. *Krusch* begründet seine
Lehre mit einer völligen Identifizierung von Rechtskraft- und
Gestaltungswirkung¹⁸⁾, aus der sich folgerichtig gemäß § 325
ZPO eine inter partes Wirkung ergibt.

James Goldschmidt ging nicht so weit¹⁹⁾, sondern beschränkte
eine relative Rechtskraft auf diejenigen Urteile, die in einem Ver-
fahren mit Verhandlungs- und Dispositionsmaxime ergehen. Dar-
aus folge, daß alle Statusurteile inter omnes wirken²⁰⁾. Diese
Ansicht kann sich darauf berufen, daß auch das Urteil, das das
Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe *feststellt*, inter omnes
wirkt²¹⁾; dasselbe gilt für die *Feststellung* des Bestehens oder
Nichtbestehens eines Eltern- oder Kindschaftsverhältnisses oder
für die *Feststellung* des Bestehens oder Nichtbestehens der elter-
lichen Gewalt²²⁾.

16) a. a. O. S. 42 ff., insbes. S. 54 ff.

17) a. a. O. S. 57.

18) Vgl. insbes. S. 52 ff.

19) AcP Bd. 117 S. 14 ff., 20 ff.; Zivilprozeßrecht S. 211.

20) *Stein*, Grenzen und Beziehungen, S. 93, macht ausdrücklich auf den
Zusammenhang der besonderen Bedeutung des Verfahrens in Statussachen
und der inter omnes Wirkung aufmerksam. Die h. M. vgl. *Stein-Jonas*,
a. a. O. II zu § 638 i. Vbdg. m. I zu § 636 a, *Baumbach-Lauterbach*, a. a. O.
Anm. 1 zu § 638, verweist demgegenüber nur bei den Feststellungsurteilen
in Statussachen auf das öffentliche Interesse und die daraus folgende inter
omnes Wirkung, da sie ja sowieso schon für alle Gestaltungsurteile eine
Wirkung für und gegen alle annimmt.

21) § 638 Satz 2 ZPO.

22) § 643 Satz 1 ZPO. —

Diese absolute Wirkung wird freilich durch § 643 Satz 2 ZPO durchbro-
chen. Danach wirkt das Urteil gegen den Dritten, der das elterliche Verhält-
nis oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt, nur dann, wenn
er an dem Verfahren teilgenommen hat. Diese Ausnahme ist berechtigt
wegen des besonderen Interesses des Dritten, hat jedoch nichts damit zu
tun, daß es sich in diesen Fällen „bloß“ um ein Feststellungsurteil handelt.

Aber auch wenn man wegen der besonderen Bedeutung der Urteile in Statussachen diesen eine Wirkung für und gegen alle zuerkennen mag, so behält im übrigen die Lehre *Kruschs* ihre volle Berechtigung. Es ist tatsächlich nicht einzusehen, warum im allgemeinen ein Gestaltungsurteil eine Bindungswirkung über die durch das Gesetz gezogenen Grenzen der Rechtskraft hinaus haben soll. Eine ganz andere Frage ist es, wer die Wirkungen eines Urteils anerkennen muß. Die Beantwortung dieser Frage kann jedenfalls — und das hat *Krusch* überzeugend dargetan — nicht aus der dem Gestaltungsurteil innewohnenden Wirkung entnommen werden. Selbst das Ehescheidungsurteil ist in seiner Wirkung grundsätzlich auf das Inland beschränkt, und auch da auf den staatlichen Bereich. Ob das Ausland, ob die Kirche die Gestaltungswirkung anerkennt, ist ein Problem, das eben nicht aus der Art der Wirkung zu lösen ist^{23) 24)}.

6. Abschließend soll noch am Verwaltungsprozeß gezeigt werden, daß die Lehre von der absoluten Wirkung der Gestaltungsurteile nicht haltbar ist. Das Urteil im Anfechtungsverfahren, das einen VA aufhebt, ist ein Gestaltungsurteil²⁵⁾. Nach der h.M. müßte es also für und gegen alle wirken. Nun bestimmen aber die verschiedenen Verwaltungsgerichtsgesetze²⁶⁾, daß rechtskräftige Urteile (nur) die Beteiligten und ihre Rechtsnachfolger binden. Selbst diejenigen, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden (und bei denen im wesentlichen eine absolute Wirkung praktische Folgen zeitigen könnte), sind also nur gebunden, wenn sie beigeladen sind²⁷⁾.

Allerdings sind nicht alle Urteile im Verwaltungsprozeß Gestaltungsurteile; jedoch zweifellos alle diejenigen, die einer Anfechtungsklage stattgeben, da durch sie der VA aufgehoben wird. Da dies die wichtigsten Entscheidungen der Verwaltungsgerichte sind, so ergibt sich schon hieraus, daß die Rechtskraftbestimmungen sich auch auf sie erstrecken müssen. Ganz eindeutig ist die Regelung in den süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetzen. Der hier

23) *Reichel*, AcP Bd. 124 S. 200 ff. (207) spricht in diesem Zusammenhang auch von relativer Scheidung.

24) In diesem Zusammenhang ist auch auf *Sauer*, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 209, zu verweisen. Er leugnet sogar eine Bindung des Strafrichters an inter omnes wirkende Zivilurteile mit der Folge, daß er wegen Bigamie bestrafen will, auch wenn rechtskräftig das Nichtbestehen der Ehe festgestellt ist.

25) *Bachof*, Vornahmeklage, S. 56; *Menger*, System, S. 136, 169.

26) Vgl. die wichtigsten: § 51 BVerwGG, § 84 VGG, § 80 MRVO 165.

27) Vgl. § 34 Abs. 4 BVerwGG, § 60 Abs. 4 VGG, §§ 39, 42 MRVO 165. — Vgl. zur Frage der Beiladung, insbes. zur sogenannten notwendigen Beiladung, neben den einschlägigen Kommentaren: *Bachof*, DÖV 1949 S. 364 ff.; *Bauer*, DÖV 1949 S. 189 ff.; *Bettermann*, DVBl. 1951, S. 39 ff., 72 ff.

einschlägige § 84 VGG bezieht sich nämlich nur auf die Anfechtungsklagen. Für Parteistreitigkeiten und Feststellungsklagen²⁸⁾ ist die Rechtskraft in § 100 VGG geregelt.

An dieser Stelle ist einem möglichen Einwand zu begegnen. Man könnte so argumentieren: Wenn ein Gericht einen VA aufgehoben habe, so werde doch ernstlich niemand behaupten wollen, dieser Akt sei noch in Kraft, also nicht aufgehoben. Dieser Einwand würde auf einem Mißverständnis beruhen. Worum es geht, zeigt ein Blick auf die Rechtskraftwirkung im Zivilprozeß. Wenn in einem Prozeß zwischen A und B der B zur Zahlung von 100 Mark an A verurteilt wird, so scheint es abwegig zu sein, wenn der völlig unbeteiligte X erklären würde: Für mich hat B nichts an A zu zahlen. Trotzdem unterliegt es keinem Zweifel, daß derjenige, dessen Rechtsbeziehungen und eigene rechtliche Lage durch jenes Urteil beeinträchtigt würden, die rechtlichen Auswirkungen des Urteils für sich leugnen kann. Freilich kann er nicht bestreiten, daß B gezwungen werden kann, an A zu zahlen. Er kann aber soweit es seinen eigenen Rechtskreis betrifft, diese rechtliche Verpflichtung des B verneinen und unter Umständen in einem Prozeß zwischen ihm und B mit seiner Meinung durchdringen. So kann nach einer Verurteilung des Hauptschuldners der Bürge natürlich nicht bestreiten, daß der Hauptschuldner tatsächlich zahlen muß, er kann aber dessen rechtliche Verpflichtung leugnen²⁹⁾ und kann damit möglicherweise die Erfüllung seiner Bürgschaftsschuld mit Erfolg verweigern. Er kann also dem Urteil insoweit die Anerkennung versagen, als sein eigener Rechtskreis davon betroffen wird. Er kann verlangen so gestellt zu werden, als ob jenes erste Urteil nicht ergangen wäre.

Besonders deutlich wird der Unterschied der Wirkungen, die das Urteil auf die Partei hat gegenüber denen, die es auf einen am Prozeß nicht Beteiligten hat, wenn man der materiellen Rechtskrafttheorie folgt. Danach ist der Verurteilte auch materiell-rechtlich zur Zahlung verpflichtet — aber nur insoweit, als es ihn selbst betrifft. Denn die materielle Theorie kann natürlich die Vorschriften über die subjektiven Grenzen der Rechtskraft nicht beseitigen; auch nach dieser Lehre können Dritte die materiell-rechtliche Verpflichtung des Verurteilten leugnen, soweit sich an diese Rechtspflichten Rechtsfolgen für sie selbst anknüpfen sollten^{30) 31)}.

28) Die im Wege der Parteistreitigkeiten entschieden werden, § 24 Abs. 1 VGG.

29) So mit Recht die ganz h. M., vgl. RGZ 56, 109 und *Rosenberg*, Lehrbuch S. 713.

30) Vgl. z. B. *Nikisch*, a. a. O. S. 425. Es vermag allerdings nicht zu überzeugen, daß der Einfluß des Urteils auf die materielle Rechtslage Dritte nur dann nicht betreffen soll, wenn es sich nicht um Gestaltungsurteile handele.

Die subjektiven Grenzen einer Urteilstwirkung zeigen sich also immer nur dann, wenn die Übernahme und Anerkennung der Urteilstwirkung die rechtlichen Interessen eines Dritten zu berühren geeignet sind. Nichts anderes gilt für das gestaltende Aufhebungsurteil. Natürlich muß jedermann anerkennen, daß ein Aufhebungsurteil ergangen ist. Soweit diese Rechtsänderungen Dritte nicht betrifft, wird auch jedermann zugeben, daß die Rechtslage des Betroffenen durch Gestaltung verändert wurde. Etwas anderes muß aber dann gelten, wenn die Gestaltung Auswirkungen auf den Rechtskreis eines Dritten hat. Hier ebenso wie im Zivilprozeß kann eine Bindung des Dritten an die Gestaltung im allgemeinen dann nicht eintreten, wenn er am Verfahren nicht beteiligt war. Sonst würde er durch eine Bindung an das Urteil - und damit an eine Rechtsänderung - einer Prozeßpartei gleichgestellt und dadurch unzulässig benachteiligt und geschädigt werden, da ihm im Gegensatz zur Prozeßpartei rechtliches Gehör nicht gewährt worden war. Unser Rechtsschutzsystem und alle Verfahrensgarantien wären hier plötzlich außer Kraft gesetzt.

In besonders gelagerten Fällen mag allerdings das Interesse des Dritten hinter anderen Interessen zurückzutreten haben und eine inter omnes Wirkung daher gerechtfertigt sein. Zu denken ist etwa an Entscheidungen in Statussachen³²⁾.

Im Verwaltungsprozeß ist es nicht allzu häufig, daß ein Aufhebungsurteil unzulässig in den Rechtskreis eines Dritten eingreifen würde, wenn man eine Gestaltungswirkung inter omnes annähme. In Frage kommen vor allem die Fälle der unterlassenen notwendigen Beiladung.

Wenn ein VA den einen belastet und zugleich den anderen begünstigt, so wirkt die Anfechtungsklage des Belasteten und die Aufhebung des Aktes nicht gegenüber dem nicht beigeladenen Be-

Wodurch unterscheidet sich im Verhältnis zu Dritten der Einfluß auf die materielle Lage beim Leistungsurteil von der eines Gestaltungsurteils im Grundsätzlichen? Warum soll in dem einen Fall die Beschränkung auf die Parteien, im anderen jedoch die Wirkung gegenüber jedermann so selbstverständlich sein, wie es von der h. M. hingestellt wird?

31) Die Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien wird freilich gerade als Argument gegen die materielle Theorie benützt (vgl. statt aller *Rosenberg*, Lehrbuch, S. 693). Es ist zuzugeben, daß die prozessuale Theorie der Schwierigkeit einer Beschränkung der Urteilstwirkungen auf einzelne persönliche materielle Rechtskreise entgeht. Sie ist dafür aber genötigt, zwischen materieller und prozessualer Verpflichtung zu unterscheiden; auch sie muß also in verschiedenen „Räumen“ denken.

32) Vgl. dazu oben S. 98; bemerkenswert aber auch hier die Ausnahme in § 643 Satz 1 ZPO zu Gunsten desjenigen Dritten, in dessen Rechtskreis durch die Entscheidung unmittelbar eingegriffen wurde.

günstigten³³). Das ergibt sich nicht nur aus den Vorschriften über die Rechtskraft, sondern ist auch allein mit rechtsstaatlichen Erfordernissen vereinbar. Daß das Ergebnis mit körperweltlichen Vorstellungen schwer zu vereinbaren ist — der VA ist aufgehoben (gegenüber dem Kläger), jedoch gleichzeitig noch wirksam (gegenüber den übrigen Betroffenen) —, kann seine juristische Richtigkeit natürlich nicht beeinträchtigen³⁴).

Ein ähnliches Ergebnis zeigt auch das folgende Beispiel:

Klagt ein durch eine Allgemeinverfügung Betroffener, so besteht die Möglichkeit der Beiladung der anderen Betroffenen. Alle beizuladen, wird aber häufig gar nicht durchführbar sein. Hebt das Gericht die Allgemeinverfügung auf, so kann dieses Urteil vernünftigerweise nur die am Verfahren Beteiligten binden, wie es ja auch die genannten Rechtskraftbestimmungen vorschreiben. Damit ist für den Verwaltungsprozeß die relative Wirkung des Gestaltungsurteils nicht zu leugnen³⁵).

33) Ebenso *Hufnagl*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Kommentar, Berlin 1950, S. 252; OVG Münster, OVGE 4, 10; Bayer. VGH, DVBl 1951 S. 54; Hessischer VGH, DV 1949 S. 73. — Anders anscheinend *Bettermann*, DVBl 1951 S. 74. Danach soll auch die Rechtslage des nicht Beigeladenen mit umgestaltet werden. *Bettermann* verwechselt aber an dieser Stelle die Pflicht zur Beiladung mit der Wirkung gegenüber dem nicht Beigeladenen. — Vgl. auch die nächste Fußnote.

34) *Bachof* nennt in einer Besprechung eines Urteils des Hessischen VGH, MDR 1950 S. 376, die genannte Rechtsfolge eine logische Ungeheuerlichkeit. Er will sie dadurch beseitigen, daß das Urteil dann nichtig sein soll, wenn ein Fall der notwendigen Beiladung vorliege, eine Beiladung aber nicht erfolgt sei, da in einem solchen Fall ein wirksames Gestaltungsurteil nicht ergehen konnte. Zustimmend zu dieser Ansicht *Redeker*, DVBl 1954, S. 420. — Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Begriff der notwendigen Beiladung im Verwaltungsprozeß noch sehr streitig ist (gesetzlich ist er überhaupt nicht erfaßt). Schon aus diesem Grunde wären Bedenken gegen die schwere und seltene Folge der Urteilsnichtigkeit anzumelden. Soweit ersichtlich, hat auch die verwaltungsgerichtliche Praxis bisher noch kein Urteil bei fehlender Beiladung als nichtig angesehen. Ich halte daher ein solches Urteil für wirksam, zumal nach der hier vertretenen Auffassung logische Bedenken dem nicht entgegenstehen. Es ist allerdings einzuräumen, daß der praktische Wert eines derartigen Urteils nicht allzu groß sein wird; das steht aber auf einem anderen Blatt.

35) Es sei denn, man vertritt die Ansicht, daß es sich bei der Allgemeinverfügung nur um die Zusammenfassung von gleichlautenden Einzelverfügungen handelt. Dann könnte man annehmen, daß das Verwaltungsgericht nur über die aus dem großen Bündel herausgezogenen VAe entscheidet. Bei fehlender Beiladung ist das Ergebnis nach beiden Auffassungen gleich; entweder keine Wirkung der Aufhebung gegenüber dem nicht Beigeladenen wegen der begrenzten Rechtskraftwirkung, oder keine Wirkung, weil über die gegen den nicht Beigeladenen gerichtete Einzelverfügung gar nicht entschieden wird. Zu verschiedenen Ergebnissen kommt man aber, wenn eine Beiladung erfolgt. Erhebt A Anfechtungsklage und tritt der durch die Allgemeinverfügung betroffene B dem Verfahren bei, so ändert sich durch den Beitritt der Streitgegenstand des Prozesses nicht. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre die

Wir müssen also gerade in den Fällen eine relative Wirkung feststellen, in denen die angeblich absolute eine praktische Bedeutung hätte erlangen können. Bei dieser Sachlage ist es aber ohne Nutzen, wenn man etwa von einer *inter omnes* Wirkung hinsichtlich der Nichtbetroffenen sprechen wollte.

7. Mit unserer Beweisführung haben wir freilich nur dargetan, daß gestaltende Akte nicht absolut wirken müssen, sondern daß auch relative Wirkung gestaltender Akte vorkommt. Damit ist ausgeschlossen, eine Bindung des Richters an gestaltende Akte mit der *inter omnes* Wirkung dieser Akte zu begründen. Eine Bindung an gestaltende VAe folgt also nicht daraus, daß jedermann — und damit auch der Richter — grundsätzlich an einen Gestaltungsakt gebunden sei. Damit ist aber die These, daß aus der Gestaltungswirkung des Aktes, aus der Veränderung in der Rechtswelt, auch seine Verbindlichkeit folge, nicht endgültig widerlegt. Wir müssen uns vielmehr nun mit der Ansicht auseinandersetzen, die aus der Bindung des Richters an das Recht (Art. 20 Abs. 3 GG, § 1 GVG) auf eine unmittelbare Verbindlichkeit aller gestaltenden VAe schließt³⁶⁾.

Wenn — so kann man argumentieren — durch einen gestaltenden VA die Rechtslage verändert wird, müsse der Richter, soweit die Gestaltung reicht, von der veränderten Rechtslage ausgehen³⁷⁾. Wirkt die Gestaltung nur relativ, wird die Rechtslage also nur für bestimmte Personen verändert, für andere dagegen nicht, so müsse der Richter seine Entscheidung jedenfalls soweit der neuen Rechtslage anpassen, als die Personen, gegenüber denen die Gestaltung wirkt, Prozeßparteien sind.

Diese Meinung würde im Ergebnis auf eine Gleichsetzung gestaltender mit materiell rechtskräftigen VAen hinauslaufen. Schon dies muß zur Vorsicht mahnen; denn eine Bindung durch Rechtskraftwirkung hatten wir nur dort bejahen können, wo das Verwaltungsverfahren eine außergewöhnliche Garantie für die Rechtmäßigkeit des VAes gewährt. Es wäre erstaunlich, wenn nun

Allgemeinverfügung im Streit und das Urteil im Anfechtungsprozeß des A auch für den B entscheidend. Anders aber, wenn man annimmt, daß nicht die Allgemeinverfügung angefochten ist, sondern nur die darin enthaltene gegen A gerichtete Einzelverfügung. Da sich durch die Beiladung der Streitgegenstand nicht ändert, würde das Urteil zwar gegen B Rechtskraft wirken, im Grunde aber für ihn bedeutungslos sein; denn die gegen ihn gerichtete Einzelverfügung war nicht im Streit, über sie wurde also auch nicht entschieden. — Man wird zugeben müssen, daß dieses Ergebnis nicht zweckmäßig ist. Davon abgesehen, erscheint es mir aber auch unzulässig zu sein, eine einheitliche Verfügung in eine unbestimmte Vielzahl von Einzelverfügungen aufzuteilen.

36) Vgl. zum Folgenden *Kugler*, a. a. O. S. 8 ff.

37) Ähnlich meint *Pohle*, a. a. O., jedermann müsse einen gestaltenden Akt, soweit die Gestaltung reicht, als wirksam anerkennen.

allein aus der besonderen rechtlichen Struktur eines VAes (gestaltend statt feststellend) die gleichen Folgerungen zu ziehen wären.

Es muß an dieser Stelle nochmals der Blick auf den Ausgangspunkt dieser Arbeit gelenkt werden, auf die Frage, ob der Richter trotz seiner Bindung an Gesetz und Recht einen unrechtmäßigen VA seinem Urteil zugrundlegen darf oder gar muß. Dieses Problem kann nicht mit der Berufung auf die Gestaltungswirkung beiseite geschoben werden. Auch ein neues Gesetz, eine neue Verordnung, bewirkt eine Veränderung der Rechtslage, d. h. wirkt gestaltend. Aber solche Gestaltungsakte hat der Richter nur dann zu berücksichtigen, wenn sie mit der über ihnen stehenden Normenordnung (Verfassung bzw. Gesetze) im Einklang stehen. Soweit eine Bindung an VAe in Frage steht, soll der Richter aber auch an fehlerhafte, also nicht mit Gesetz und Recht übereinstimmende Akte gebunden sein.

Nun ist zwar die Frage, inwieweit ein VA fehlerhaft und trotzdem wirksam ist, eine Frage des materiellen Verwaltungsrechts. Es ist auch zuzugeben, daß das Verwaltungsrecht den meisten rechtswidrigen VAen Wirksamkeit zuerkennt, bis sie förmlich aufgehoben sind. Das bedeutet, daß im Bereich der Verwaltung ein gestaltender unrechtmäßiger VA die gleichen Rechtswirkungen auszuüben vermag wie ein rechtmäßiger mit demselben Inhalt. Diese Feststellung haben wir selbst zur Grundlage unserer Arbeit gemacht³⁸⁾.

Damit ist aber vorerst nur gesagt, daß im und für den Bereich der Verwaltung der Gestaltungsakt seine ihm zugedachte Wirkung entfaltet, auch wenn er rechtswidrig ist. Das Problem ist aber, ob diese Gestaltung im Bereich der Verwaltung auch in den Bereich der Zivilrechtsprechung hinüberreicht. Soll also der unrechtmäßige VA für den Richter so wirken wie ein rechtmäßiges Gesetz? Hat der Richter der gestaltenden Tätigkeit der Verwaltung, auch wenn sie gegen das Recht verstößt, dieselbe Bedeutung zuzuerkennen wie der Tätigkeit des rechtmäßig handelnden Gesetzgebers? Die Antwort kann sich nicht mit dem Hinweis auf eine (absolute oder relative) Gestaltungswirkung innerhalb des Verwaltungsbereiches begnügen, das wäre eine unzulässig *petito principii*.

Sie würde gerade die entscheidende Frage, warum die Gestaltung anzuerkennen ist, offenlassen. Wir wiesen eingangs schon darauf hin, daß man zu einer solchen Anerkennung — und damit Bindung — etwa dadurch kommen kann, daß man von der lückenlosen Einheit der gesamten Rechtsordnung ausgeht, und zwar auch in dem Sinne, daß sich aus einem Sachverhalt in allen Teilbereichen des Rechts die gleichen Rechtsfolgen ergeben müssen.

38) Vgl. oben S. 21 f.

Wir müssen hier den Beweis schuldig bleiben, warum wir einer solchen These nicht zu folgen vermögen. Wie in den nächsten Kapiteln zu zeigen sein wird, begnügen wir uns damit, das Verhältnis von Zivilgerichtsbarkeit und Verwaltung, soweit es unseren Themenkreis betrifft, zu untersuchen. Da wir dort eine Antwort für das Bindungsproblem finden werden, können wir auf eine umfassende Prüfung des Verhältnisses der einzelnen Teilrechtsordnungen zueinander verzichten.

8. Im Hinblick auf die Gestaltungswirkung können wir jedenfalls für das Bindungsproblem feststellen:

Mit der Wirksamkeit eines Aktes ist noch nicht seine Verbindlichkeit für den Zivilrichter bejaht³⁹⁾. Daß hier keine zwingende Koppelung vorliegt, beweist z. B. auch das rechtskräftige Zivilurteil, das trotz seiner Wirksamkeit nicht für jedermann verbindlich ist. Eine Bindung des Gerichts an einen VA tritt nicht schon dann ein, wenn es den Akt als wirksam anerkennt, sondern erst dann, wenn es seine Wirkungen zur Grundlage der eigenen Entscheidung macht. So ist es denkbar, daß das Zivilgericht es ablehnt, Einwirkungen eines rechtswidrigen VAes auf privatrechtliche Verhältnisse anzuerkennen, unbeschadet irgendwelcher Wirkungen dieses Aktes auf anderen Rechtsgebieten. Die Aberkennung bestimmter Wirkungen eines VAes innerhalb eines Zivilprozesses würde dabei durchaus nicht einer Nichtigerklärung dieses Aktes gleichkommen⁴⁰⁾. Für die oft gelegnete Möglichkeit einer solchen Trennung von Wirksamkeit und Bindung — insbesondere bei gestaltenden Akten — ist das Urteil des 6. Zivilsenates des BGH vom 3. März 1954⁴¹⁾ besonders instruktiv. Hier hatte die Preisbehörde den Mietzins zwischen dem Kläger und dem Beklagten heraufgesetzt, wobei diese Festsetzung — wie der BGH ausdrücklich feststellt — für die Parteien unmittelbar verbindliche Kraft haben sollte. Nachdem Rechtsmittel des jetzigen Beklagten im Verwaltungsverfahren erfolglos geblieben waren, klagte der Vermieter auf Zahlung des erhöhten Mietzinses. Der BGH wies die Klage mit der Begründung ab, daß vertragsändernde Mieterhöhungen nicht zulässig seien und die Entscheidung zivilrechtlicher Streitigkeiten nicht zum Aufgabenbereich der Preis-

39) Obwohl häufig behauptet wird, daß es gar nicht um Bindung, sondern um die Frage, ob ein VA wirksam oder nichtig sei, gehe; so ausdrücklich *Bettermann*, MDR 1949 S. 394 ff., MDR 1950 S. 266 f., und *Tiedau*, MDR 1954 S. 267 N. 4; vgl. auch hier unten S. 125 N. 12.

40) Eine ähnliche Fragestellung — wenn im Grunde auch andere Problemlage — tritt bei der Frage auf, ob der Strafrichter zivilrechtliche Rückwirkungen, z. B. einer Anfechtung, anzuerkennen habe, was von der h. M. verneint wird; vgl. *H. J. Bruns*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938, S. 253 ff.

41) BGHZ 13, 17.

behörden gehöre. Ohne nun etwa die Nichtigkeit des VAes anzunehmen, erkannte der BGH der Entscheidung die — beabsichtigte — vertragsändernde Wirkung ab, ließ den VA jedoch als — nicht gewollte — Erlaubnis für den Vermieter, den Mietzins zu erhöhen, bestehen.

Aus alledem folgt, daß die Frage, ob die Gestaltung durch einen VA vom Zivilrichter anzuerkennen ist, nicht aus der Gestaltungswirkung an sich beantwortet werden kann.

B. Beziehungen zwischen Zivilgerichtsbarkeit und Verwaltung

1 1. Kapitel

Lösungsversuch aus der Stellung der Rechtsprechung zur Verwaltung im Staat

1. Soweit keine Bestimmungen des positiven Rechts eine Bindung vorschreiben, haben wir bisher keine allgemeingültige Antwort auf die uns gestellte Frage gefunden. Die Wirkungen des VAes haben nur in zwei Fällen eine Lösung ergeben. Und zwar haben wir aus der Tatsache des Erlasses eines VAes, aus seiner Existenz, die sogenannte Tatbestandswirkung abgeleitet, die darin besteht, daß der Richter diejenigen Rechtsfolgen, die an das bloße Vorhandensein eines Aktes geknüpft sind, im gegebenen Fall ziehen muß. Um Bindung handelt es sich in Wirklichkeit hier freilich nicht. Eine Bindungswirkung haben wir bisher nur in den seltenen Fällen nachweisen können, wo einem VA materielle Rechtskraft zukommt. Hier überdeckt die Rechtskraft auch Fehler, und der Richter darf daher aus der Rechtswidrigkeit des VAes (es sei denn, sie bewirke Nichtigkeit) keine rechtlichen Schlüsse ziehen. Sonst haben wir aus den Wirkungen des Aktes für das Bindungsproblem nichts entnehmen können.

2. Dies liegt daran, daß es bei der Frage der Bindung nicht um die Wirkung des Aktes, sondern um seine Anerkennung geht¹⁾. Ob der Richter einen Staatsakt anzuerkennen hat, läßt sich im allgemeinen aber nur aus dem Verhältnis desjenigen, der anerkennen soll, zu dem, was er anerkennen soll, lösen. Das bedeutet für unser Problem, daß wir zu einer allgemeinen Aussage nur aus einem Vergleich der Stellung des Gerichts und der Verwaltung im Staat und aus ihren Beziehungen zueinander gelangen können.

Für das in vielem verwandte Problem der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber Gesetz und Verordnung ist es ja

1) *Krusch*, a. a. O., insbes. S. 56; *Pohle*, a. a. O.

bekannt, daß der Wandel der Staatsauffassung, insbesondere die Vorstellungen über die Aufgabe der Gerichte gegenüber den anderen Staatsgewalten, ausschlaggebend für die Zu- bzw. Aberkennung eines richterlichen Prüfungsrechts war. Aber auch sonst ist das Bindungsproblem nicht von der jeweiligen Staatsauffassung zu trennen. So begründet z. B. *Kuttner*²⁾ seine Lehre von der Allgemeinverbindlichkeit des Zivilurteils unter Berufung auf *Laband*³⁾ aus der unteilbaren Einheit und Souveränität des Staates. Den Parteien stehe eben nicht nur das angerufene Gericht, oder die Gesamtheit aller Gerichte, sondern der Staat gegenüber. Diese Staatsauffassung muß zwangsläufig zu einer Bindung aller Organe an die Entscheidungen anderer Organe führen⁴⁾. Ähnlich leitet auch *Binding*⁵⁾ die Bindung anderer Behörden an das Strafurteil aus staatsrechtlichen Erwägungen ab. Aber auch dort, wo man dies nicht ausspricht, spielt sich die Argumentation immer vor dem Hintergrund staatsrechtlicher Grundkonzeptionen ab.

Da die Beziehungen zwischen Rechtsprechung und Verwaltung im Laufe der Zeiten Veränderungen erfahren haben und Wandlungen durchmachen werden, gewinnen wir die Erkenntnis, daß auch die Frage der Bindung an VAE nicht allgemein für alle Zeiten lösbar ist, sondern nur für eine konkrete verfassungsrechtliche Lage. Daß der Wandel der Staatsauffassung auch eine neue Beurteilung der Bindung mit sich bringt, zeigt z. B. deutlich die Entscheidung des Reichsgerichts vom 16. März 1937 (RGZ 154, 193). Es handelte sich hier um die Klage eines entlassenen Widerstandsbeamten auf Gehaltszahlung. Das RG führte aus, daß eine denkgesetzliche Notwendigkeit weder für die Bejahung noch für die Verneinung der Frage, ob das Gericht an die Entlassung durch die Behörde gebunden sei, bestehe. Das RG habe sich bisher in solchen Fällen nicht gebunden gefühlt, sondern das Rechtsschutzbedürfnis des Beamten vorangestellt und deshalb die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der Kündigung und Dienstentlassung des Beamten „durch die von Verwaltungsinteressen in keiner Weise beeinflussen ordentlichen Richter für erforderlich gehalten“. Infolge des mit dem nationalsozialistischen Staat eingetretenen Wandels der Staatsanschauung seien aber die Belange des Einzelnen mehr in den Hintergrund getreten und habe dafür das Ansehen des öffentlichen Dienstherrn eine besondere Stärkung erfahren. Daher könne an der alten Rechtsprechung nicht mehr festgehalten wer-

2) Urteilswirkungen, S. 3.

3) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Auflage, S. 349.

4) *Kuttner* beschäftigt sich übrigens mit diesem eigentlich grundlegenden Problem gar nicht weiter, sondern operiert von der damals anerkannten Staatstheorie ohne weitere Begründung aus.

5) a. a. O. S. 306, 345.

den. Die Gerichte seien nunmehr an den Akt der Verwaltungsbehörde gebunden⁶⁾.

Auch eine Durchsicht der Literatur aus dem Dritten Reich über die Frage der Bindung ergibt fast durchweg, daß eine Bindung des Richters an VAe mit der Begründung bejaht wurde, daß der nationalsozialistische Staat es nicht zulassen könne, daß seine Hoheitsakte von einem Gericht nicht respektiert würden.

3. Um zu einer Lösung des Bindungsproblems zu gelangen, müssen wir also das Verhältnis von Zivilgericht und Verwaltung in der durch das Grundgesetz geschaffenen Staatsordnung untersuchen. Wir werden dabei zuerst auf das Wesen von Rechtsprechung und Verwaltung eingehen und aus der Aufteilung der Staatsaufgaben zwischen diesen beiden Gewalten das Bindungsproblem hinsichtlich feststellender VAe lösen können. Anschließend soll die Ausgestaltung der Gewaltenteilung durch das Grundgesetz behandelt werden, worauf eine Untersuchung über die Stellung der Zivilgerichte innerhalb der Kontrollaufgaben der Rechtsprechung folgt. Daraus ergibt sich dann die Lösung des Bindungsproblems hinsichtlich gestaltender VAe.

1 2. K a p i t e l

Das Wesen von Rechtsprechung und Verwaltung

1. Die Antithese: Verwaltung — Rechtsprechung ist neu. Bisher war es allgemein üblich, Verwaltung und Justiz gegenüberzustellen¹⁾, wobei zur Justiz alles das gerechnet wurde, was in den Zuständigkeitsbereich des Justizministers fiel. Danach gehörten

6) Ich vermag der Ansicht *Bachofs*, JZ 1952 S. 212, N. 6, daß die oben wiedergegebene Begründung des RG keine Bedeutung für die Änderung der Rechtsprechung habe, nicht beizupflichten. Bei jeder logischen Deduktion kommt es doch immer darauf an, von welchen Prämissen man ausgeht. Diese liegen m. E. aber gerade bei der Bindungsfrage weitgehend im Staatsrecht, und erst von einer bestimmten Staatsauffassung aus findet man die passenden Anknüpfungspunkte für eine dann vielfach juristisch-technisch anmutende Deduktion; denn ein Hinweis auf den Hintergrund, wie ihn das RG hier gibt, ist im allgemeinen nicht üblich.

1) Vgl. etwa *Stein*, Grenzen und Beziehungen; *Ule*, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1950, S. 13 ff. — Gelegentlich wird auch Justiz und Verwaltung zusammengefaßt unter dem Oberbegriff der Exekutive im Sinne der gesetzessvollziehenden Staatsfunktion, so von *Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 108 f.; vor allem aber hat die Gleichartigkeit von Justiz und Verwaltung immer wieder die Wiener Schule behauptet, vgl. *Kelsen*, Justiz und Verwaltung, der einmal beide zur Rechtssvollziehung rechnet (S. 81 ff.), zum anderen aber auch sowohl Urteil als auch VA als Rechtsprechung und zugleich Rechtsetzung individueller Normen charakterisiert (S. 83).

also zur Justiz wohl die freiwillige, jedoch nicht die gesamte Verwaltungsgerichtsbarkeit. Bei dieser Abgrenzung war es unmöglich, ein materielles Kriterium für Justiz und Verwaltung zu finden²⁾; es handelte sich hierbei vielmehr nur um formale Kategorien historischen Ursprungs, die die Verschiedenheiten der staatlichen Funktionen nicht erklären konnten³⁾.

2. Das Grundgesetz hat dieser Einteilung ein Ende bereitet. Es unterscheidet nämlich — nicht mehr nach Ressortzuständigkeiten, sondern nach dem Wesen der staatlichen Tätigkeit — zwischen Rechtsprechung und Verwaltung⁴⁾. Dabei verwendet es den Begriff Rechtsprechung teils im formalen Sinne, synonym mit Rechtspflege⁵⁾, Gerichtsbarkeit, Dritte Gewalt⁶⁾, teils im materiellen Sinne⁷⁾; beide Bedeutungen sind aber insofern miteinander verkoppelt, als materielle Rechtsprechung nur vom Richter ausgeübt werden darf (Art. 92 GG)⁸⁾. Dieser letztere Bereich, der wesensgemäß zur Rechtsprechung gehört, steht vornehmlich im Blickfeld unserer Betrachtung⁹⁾.

2) *Bascho*, a. a. O. S. 47 ff., hat allerdings kürzlich wieder versucht, eine Unterscheidung vom Inhalt, dem Ergebnis der Tätigkeit der beiden Funktionen zu finden, wobei er die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verwaltung rechnet (S. 53). Das Wesen der Justiz sieht er in der Feststellung des autonomen Rechtskreises Dritter, das der Verwaltung in der Ermittlung der eigenen Organpflicht. — Hierzu ist zu sagen, daß für die Zivilgerichtsbarkeit diese Kennzeichnung annehmbar erscheint. Für die Strafgerichtsbarkeit ist mit jener Formel jedoch nichts gewonnen, obwohl *Bascho* behauptet, auch sie falle unter seine Definition, weil im Strafprozeß die Pflicht des Angeschuldigten festgestellt werde, den Eingriff in seine Freiheit zu dulden. Wo hier der Unterschied zur Verwaltung zu sehen ist, bleibt unklar. Das Wesen der Verwaltung nur in der Ermittlung der eigenen Organpflicht zu sehen, sagt schließlich nichts über den Inhalt, das Ergebnis der Tätigkeit aus, wozu jedoch die Unterscheidung gerade dienen sollte.

3) *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage (von W. Jellinek bearbeitet), Berlin 1922, S. 600; *Kormann*, JöR Bd. VII S. 3 ff.; *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 7; *Schelcher*, Justiz und Verwaltung, Ergänzungsheft zu Fischers Z Bd. 50, S. 27; vgl. ferner die Nachweise bei *Menger*, System, S. 22.

4) Vgl. Art. 1 Abs. 3; Art. 20 Abs. 2 und 3 GG. *Mengers* eingehender Versuch, die Begriffe Rechtspflege, Rechtssprechung, Gerichtsbarkeit zu klären (System S. 25 ff.) geht notwendigerweise in einer anderen Richtung als unser Bemühen, das Wesen und die Aufgabe der beiden Gewalten Rechtsprechung und Verwaltung nach der Konzeption des GG aufzuzeigen. Wir können und müssen daher auf eine Auseinandersetzung mit *Menger* hier verzichten.

5) *Menger*, System, S. 25 ff., benutzt den Begriff „Rechtspflege“ im materiellen Sinn; er rechnet auch die Rechtsanwendung durch die Verwaltung dazu. Dieser ungewöhnlichen Terminologie folgen wir hier nicht.

6) So die Überschrift zum IX. Abschnitt des GG.

7) So in Art. 92, 1. Halbsatz GG.

8) Vgl. oben S. 89.

9) Weite Teile der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören demgegenüber materiell zur Verwaltung. Sie könnten ohne Verstoß gegen die Verfassung aus dem Bereich der Gerichtsbarkeit ausgegliedert und Verwaltungsstellen zur Er-

3. Die Verwaltungstätigkeit muß in zwei Hauptgruppen eingeteilt werden. Die eine umfaßt diejenigen Akte, die dazu dienen, den staatlichen Apparat in Gang zu halten, die andere die, die der Verwirklichung der Verwaltungsaufgaben dienen. Wir müssen also zwischen der Innen- und Außenfunktion der Verwaltung unterscheiden¹⁰⁾.

Die Abgrenzung zwischen dem, was zur Innenfunktion, zur „verwaltungsinternen Weisung“, und dem, was zur Außenfunktion gehört, ist umstritten und im Fluß¹¹⁾. Die Abgrenzung als solche ist aber nicht zu entbehren¹²⁾; denn sie zeigt nur auf, was sich notwendigerweise aus der Struktur der staatlichen Verwaltung ergeben muß. Ein derart umfassender Apparat, wie es die Verwaltung im ganzen ist, aber auch jede Einzelverwaltung darstellt, bedarf einer Unmenge von Einzelanweisungen, Dienstbefehlen und generellen Anordnungen, die alle nur den Zweck haben, der Vorbereitung für die eigentlichen Verwaltungsaufgaben zu dienen. Diese verwaltungsinternen Maßnahmen betreffen nicht das Wesen der Verwaltung, sie sind vielmehr nur das Mittel dazu, den Zweck der Verwaltungstätigkeit zu ermöglichen; sie haben nur mittelbare Funktion.

Zur Außenfunktion der Verwaltung gehört auch der Erlaß von Rechtsverordnungen. Jedoch kann diese Tätigkeit hier außer Betracht bleiben; denn insoweit übt die Verwaltung nur die ihr übertragene rechtsetzende Gewalt aus und wird daher nicht auf ihrem eigentlichen Gebiet tätig¹³⁾.

4. Früher sah man weitgehend das Wesen der Verwaltung in der freien Tätigkeit innerhalb der Gesetze¹⁴⁾. Damit zusammenhängend wurde gelehrt, das Recht sei für die Verwaltung nicht

ledigung zugewiesen werden. Damit ist nichts darüber ausgesagt, ob eine solche Zuständigkeitsverschiebung — wie sie weitgehend in der DDR vorgenommen wurde — rechtspolitisch erwünscht wäre.

10) So die h. M.; anders *Herbert Krüger*, Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Festschrift für R. Smend, Göttingen 1952, S. 211 ff. Dazu *Bachof*, Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Laforet, München 1952, S. 285 ff.

11) Vgl. dazu *Bachof*, a. a. O., insbes. S. 296 ff.

12) *Bachof*, a. a. O. S. 285 ff.

13) Freilich zeigt sich auch hier bis zu einem gewissen Grad das Wesen der Verwaltung; denn die Rechtsverordnung (im Rechtsstaat) soll nicht die grundsätzliche Regelung eines Lebensgebietes geben, sondern nur die Durchführung der Gesetze unter Berücksichtigung der Vielfältigkeit des Einzelfalles erleichtern.

14) Vgl. z. B. *Anschütz*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, S. 53. Wenn häufig die Meinung vertreten wird — so neuerdings wieder von *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd., S. 583 —, daß nur ein Teil der Verwaltungstätigkeit „der Rechtsverwirklichung dienender Gesetzesvollzug“ sei, ein anderer jedoch „freie, allein durch die Zweckhaftigkeit bestimmte Staatstätigkeit im Rahmen der Gesetze“,

Selbstzweck, sondern (nur) Schranke¹⁵⁾. Nun ist es allerdings richtig, daß das Recht absolute Schranke für alle Tätigkeit von Verwaltungsbehörden ist¹⁶⁾. Es ist aber falsch, das Wesen der Verwaltung in der freien Tätigkeit innerhalb der Gesetze zu sehen. Denn ein Verwaltungsbeamter, eine Behörde können nur tätig werden, wenn und weil es ihnen die Rechtsordnung gestattet¹⁷⁾. Damit ist auch die Tätigkeit der Verwaltung Realisierung von Rechtssätzen¹⁸⁾.

Dabei ist das Recht nicht nur Mittel zum Zweck¹⁹⁾; denn die gesamte Arbeit der Verwaltung muß an der Gerechtigkeit orientiert sein und ist daher Rechtsverwirklichung²⁰⁾. Aber wenn sich die Verwaltung insofern nicht von Gesetzgebung und Rechtsprechung unterscheidet, so muß doch ihr Zweck gegenüber den anderen Staatsfunktionen, insbesondere gegenüber der Rechtsprechung, klar abgegrenzt werden. Die Unterscheidung ergibt sich aus Folgendem²¹⁾:

Die Aufgabe des Staates ist nicht beschränkt darauf, eine Rechtsordnung zu errichten, die das Verhalten der Bürger untereinander in bestimmte Bahnen lenkt und ihre Beziehungen zueinander regelt. Auch genügt der Schutz der Rechtsordnung durch die Gerichte nicht dem allgemeinen Bedürfnis nach Wahrung des in-

so ist das eine einseitige positivistische Auffassung, die nur dort Rechtsverwirklichung sieht, wo bestimmte Gesetze bestimmte Maßnahmen fordern. Aber auch wo solche Spezialnormen fehlen, darf die Verwaltung nur handeln, weil und soweit es die Rechtsordnung gestattet. Frei ist ihre Tätigkeit nie.

15) Diese Lehre geht auf *Stahl*, Philosophie des Rechts, 5. Auflage, Tübingen 1878, 2. Bd., 2. Abtlg., S. 609, zurück.

16) Daher kann der Auffassung *Steins*, Grenzen und Beziehungen, S. 2, daß die Verwaltung auch einmal einen Staatsstreich begehen dürfe, nicht beige-pflichtet werden.

17) Es muß daher *Hans Heckel* widersprochen werden, der in einem kleinen „Verwaltungskatechismus“, DÖV 1954 S. 336, es als „eine der wichtigsten Aufgaben des Verwaltungsbeamten“ bezeichnet, „um die bestehenden Bestimmungen herumzukommen, wenn die Menschlichkeit oder die Sache es erfordern“. — Das gäbe der Verwaltung einen Freibrief der Gesetzesumgehung im Interesse „der Sache“!

18) Insoweit ist der Wiener Schule beizupflichten, vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, Tübingen 1923, S. 498 ff. und *Merkel*, Verwaltungsrecht, S. 157 ff.

19) Das betont zutreffend *Forsthoff*, Verwaltungsrecht, S. 3 ff., nicht so eindeutig allerdings S. 185.

20) Daher hebt *Dahm*, a. a. O. S. 387 hervor, daß nicht die Opportunität, sondern die Rechtsidee und das Ideal der sozialen Gerechtigkeit das Leitbild für die Verwaltung seien. — Die Verwaltung handelt auch nicht unter dem Schutz des Rechts, um „einen bestimmten, außerhalb der Rechtsverwirklichung liegenden materiellen Erfolg zu erreichen“ (so aber *Fleiner*, a. a. O. S. 7).

21) Vgl. hierzu auch *Bettermann*, Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für *Walter Jellinek* S. 361 ff., und *v. d. Heydte*, Richterfunktion und „Richtergesetz“, ebenda S. 493 ff. (507).

neren Friedens und nach Ordnung. Neben der generellen Regelung durch Normen ist eine ordnende Staatstätigkeit im Einzelfall erforderlich²²⁾. Diesen Zweig der Verwaltung bezeichnete man früher als Polizei im weiten Sinne. Besonders in neuerer Zeit ist daneben die Aufgabe der Daseinsvorsorge getreten²³⁾. Im modernen Staat genügt es im Interesse des Bürgers nicht mehr, daß der Staat für die Wahrung des Friedens sorgt, es wird vielmehr von ihm verlangt, daß er eine soziale Ordnung errichtet. Die Schwierigkeiten, die eine solche Aufgabe mit sich bringt, führen weitgehend dazu, daß der Gesetzgeber nur allgemeine Richtlinien aufstellen kann. Die verwirrende Vielzahl der Besonderheiten des Einzelfalles entzieht sich häufig einer generellen Regelung, und der Staat kann hier nur mit Hilfe des Verwaltungsapparates ein gerechtes Ergebnis im konkreten Fall erzielen.

Im Unterschied zur Rechtsprechung wird die Verwaltung nicht vornehmlich bei Rechtsverletzungen und zur Wiederherstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens tätig, sondern dient der Durchsetzung und Verwirklichung des durch Rechtsnormen allgemein bestimmten staatlichen Aufgabenbereichs im Einzelfall²⁴⁾. Die allgemein bestimmten Ziele, Zwecke und Aufgaben des Staates werden mit Hilfe des Verwaltungsapparates aus dem abstrakten Rechtsbereich in die konkrete Wirklichkeit transformiert.

Nie ist jedoch die Verwaltung zu einer abschließenden Beurteilung eines Sachverhaltes befugt, immer handelt es sich nur um einen unmittelbaren Eingriff oder eine sonstige Maßnahme zur vorläufigen Regelung, nämlich vorbehaltlich einer anders lautenden Gerichtsentscheidung.

5. Auch die Rechtsprechung dient der Erfüllung der Staatszwecke; denn die Gewährung des Rechtsschutzes gegenüber dem einzelnen Staatsbürger und die Bewahrung der Friedensordnung ist eine staatliche Aufgabe. Aber im Gegensatz zur Verwaltung soll die Rechtsprechung nicht regelnd, ordnend und sorgend die Pflichten und Rechte des Bürgers im Gemeinwesen und gegenüber der Gemeinschaft im Einzelfall konkretisieren. Die primäre Aufgabe der Gerichte ist nicht die Maßnahme, der Eingriff, sondern die Feststellung der Rechtslage auf Anrufung. Schon das Wort „Rechtsprechung“ kennzeichnet das Wesen dieser staatlichen Tätigkeit:

22) Ob allerdings die Verwaltung die Grundfunktion des Staates ist (so G. Jellinek, a. a. O. S. 612), oder die Rechtsprechung (so Kelsen, Justiz und Verwaltung, S. 90) sei hier dahingestellt.

23) Vgl. Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.

24) Häufig wird als Verwaltung auch die Tätigkeit des Staates zur Erfüllung seiner Zwecke bezeichnet, so von O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 13; Merkl, Verwaltungsrecht, S. 2; Stein, Grenzen und Beziehungen, S. 1; Hans Peters, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, S. 5; vgl. dazu Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 2.

Es soll ausgesprochen werden, was Rechtens ist. Nicht liegt allerdings Rechtsprechung schon dann vor, wenn das Recht auf einen konkreten Tatbestand angewandt wird; das tut vielmehr auch der Verwaltungsbeamte. Es kommt vielmehr darauf an, wie *Friesenhahn* zu Recht hervorgehoben hat²⁵⁾, zu welchem Zweck die Rechtsanwendung erfolgt. — Soweit — wie hier — nur etwas über das Wesen der Rechtsprechung ausgesagt werden soll, und man nicht den Anspruch erhebt, damit eine alles umfassende Begriffsbestimmung zu geben, kann den Formulierungen *Friesenhahns* unbedenklich gefolgt werden. Er sagt²⁵⁾, Rechtsprechung übe jedes staatliche Organ aus, „das als unbeteiligter Dritter mit obrigkeitlicher Gewalt ausspricht, was bei Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen auf den konkreten Tatbestand Rechtens ist, um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien zu entscheiden“.

Das Merkmal der Rechtsstreitentscheidung kennzeichnet am schärfsten das Wesen der gerichtlichen Tätigkeit gegenüber dem Verwalten²⁶⁾. Es gilt für alle Prozeßarten, insbesondere auch für den Strafprozeß. Das wird allerdings vielfach geleugnet, so neuerdings durch *Karl Peters*²⁷⁾, der im Strafprozeß ein Verfahren sieht, in dem „der Staat“ in vielerlei Gestalt — als Gericht, Staatsanwaltschaft, Polizei — dem Beschuldigten gegenübertritt. Eine solche Auffassung des Strafprozesses ist abzulehnen, da sie einen Inquisitionsprozeß mit verteilten Rollen beschreibt. Auch überzeugt schon dogmatisch die Auffassung von *Peters* nicht, daß es sich deshalb um keine Rechtsstreitentscheidung zwischen zwei Parteien handeln könne, weil „der Staat“ auf seiten des Gerichts und der Anklagebehörde handle. Denn dann müßte man auch in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, also insbesondere im Verwal-

25) Thoma-Festschrift, S. 27.

26) Das wird grundsätzlich bestritten von *Menger*, System S. 40 ff. Das von ihm gebrachte Beispiel der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Staatsanwalt beweist aber nur, wie *Menger* selbst zugibt, daß der Zivilprozeß hier nur ein Mittel zur Findung der objektiven Wahrheit ist. Es beständen keine Bedenken, über diese Anfechtung den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder einen Verwaltungsrichter entscheiden zu lassen. — Auch die Anführung der §§ 44—46 und 48 des Ehegesetzes rechtfertigt nicht *Mengers* Ansicht; ob ein Scheidungsbegehren sittlich gerechtfertigt, ob ein Widerspruch beachtlich ist, darum geht doch gerade der Streit! Ob das Gesetz schließlich eine Gestaltung der Privatinitiative überläßt oder dem Richter zuweist, hat nichts damit zu tun, ob ein Rechtsstreit über die gesetzlichen Gegebenheiten für eine solche Gestaltung vorliegt oder nicht.

27) Strafprozeß, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952, S. 80 ff. mit Literaturangaben.

Auch *Menger*, System S. 40 ff., sieht im Strafprozeß einen Fall von Rechtsprechung ohne Rechtsstreit. Er erkennt aber, daß natürlich nicht „der Staatsanwalt“ mit dem Angeklagten streitet. Vielmehr besteht der Streit zwischen der staatlichen Exekutive und dem Einzelnen über die Berechtigung des staatlichen Strafanspruches.

tungsprozeß, ein „Verfahren“ und keinen Rechtsstreit sehen. Auch das Argument, daß dem Strafprozeß ein Streit nicht wesensgemäß sei, ist nicht schlüssig; denn auch in anderen Prozeßarten sind verschiedene Fälle einer unstreitigen Erledigung bekannt. Und über die Strafhöhe besteht fast immer Streit! Auch kann die hier bekämpfte Auffassung das Verfahren nach Rechtsmitteleinlegung durch den Angeklagten nicht erklären. Hier zeigt sich die Verwandtschaft — bei aller Verschiedenheit — zu den anderen Prozessen, insbesondere zum Verwaltungsprozeß, ganz deutlich. Das Privatklageverfahren schließlich ist mit der von *Peters* vertretenen Meinung überhaupt nicht in Einklang zu bringen²⁸⁾ ²⁹⁾).

6. Der Verwaltungsbeamte schaut im wesentlichen in die Zukunft; er muß sein Handeln im Hinblick auf die staatlichen Aufgaben und Belange einrichten. Ord nende und gestaltende Funktion des Staates, das heißt im allgemeinen Verwaltung³⁰⁾. Die Rechtsprechung dient demgegenüber der Erhaltung und Wiederherstellung der Rechtsordnung³¹⁾. Der Richter schaut daher mehr in die Vergangenheit, da er einen abgeschlossenen Vorgang unter dem Gesichtspunkt des Rechtes würdigen muß. Auch ist die Eigenart der Gesetzesanwendung bei beiden verschieden. Der Verwaltungsbeamte macht Rechte des Staates gegenüber dem Bürger geltend oder erfüllt bzw. verweigert Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, während der Richter das Gesetz nicht in eigener Sache, sondern rein im Dienst objektiver Rechtsverwirklichung anwendet³²⁾).

Die Verwaltung ist handelnde Staatsgewalt³³⁾. Dagegen hat die Rechtsprechung die Aufgabe, Rechtsgewißheit zu verschaffen, die

28) Im Ergebnis wie hier: *v. Kries*, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. Br., 1892, S. 4, 186 ff.; *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin 1928, S. 122 ff.; *Graf zu Dohna*, Das Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin 1929, S. 4, 47; und mit Nachruck und überzeugender Auseinandersetzung mit der entgegengesetzten Meinung *Robert v. Hippel*, Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941, S. 224 ff.; ferner neuerdings: *Friesenhahn*, Thoma-Festschrift, S. 43 ff.; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 586, N. 6.

29) *Scheuner*, Der Bereich der Regierung, Festgabe für Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff. (278 N. 66) lehnt das Merkmal der Streitentscheidung unter Hinweis auf Strafprozeß und richterliches Gutachten ab. Das erste Argument haben wir versucht zu entkräften. Die Gutachtertätigkeit scheint uns nicht wesentlich zur Rechtsprechung zu gehören. — *Menger*, a. a. O. S. 44, weist auf die abstrakte Normenkontrolle hin; hier gibt es tatsächlich Fälle, bei denen eine Streitentscheidung nicht vorliegt. Da es uns aber nur darauf ankommt, das Wesen der Rechtsprechung festzustellen, können wir diese sicherlich nicht typischen Fälle hier unbeachtet lassen.

30) Ähnlich *G. Jellinek*, Staatslehre, S. 610.

31) So schon *Stahl*, a. a. O. 2. Bd., 2. Abtlg. S. 587.

32) *Friesenhahn*, Thoma-Festschrift, S. 25 f.

33) *Fleiner*, a. a. O. S. 7; *Stein*, Grenzen und Beziehungen, S. 1; *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 1.

Rechtsordnung zu erhalten und Rechtsschutz zu gewähren. Die Bewahrung des Rechts ist also in die Hand der rechtsprechenden Gewalt gelegt.

7. Für das Bindungsproblem erhalten wir aus dieser Aufgabenverteilung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung eine Teilantwort, und zwar für feststellende VAe. Feststellende VAe sind eine Ausnahmeerscheinung im Tätigkeitsbericht der Verwaltung. Zwar ist es in jedem Fall Aufgabe der Behörde, vor Erlass eines Aktes festzustellen, ob sie auf Grund des Sachverhaltes und der Rechtslage befugt ist, den beabsichtigten VA ergehen zu lassen. Jedoch ist die autoritative Feststellung selbst nicht das Ziel dieser Prüfung. Feststellung der Rechtslage mit verbindlicher Wirkung ist vielmehr grundsätzlich Sache der Gerichte.

Das Gericht ist gehalten, nach der wahren Rechtslage zu urteilen. Dem Zivilrichter ist die Aufgabe zugewiesen, autoritativ und endgültig über privatrechtliche Verhältnisse zu entscheiden. In der Beurteilung der seiner Entscheidung zugrunde liegenden Rechtslage muß er dabei frei sein; eine Ausnahme ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde mit denselben Garantien für eine richtige Entscheidung ausgestattet ist wie das gerichtliche. Abgesehen von solchen materiell rechtskräftigen VAen³⁴⁾ ist der Zivilrichter an feststellende VAe nicht gebunden, er ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, die Rechtslage selbst zu prüfen und selbst Vorfragen zu entscheiden, die bereits von einer Verwaltungsbehörde in einem feststellenden VA beurteilt worden sind.

13. Kapitel

Die Stellung der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung nach dem Gewaltenteilungsprinzip des Grundgesetzes

1. Das Grundgesetz bekennet sich — im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung — ausdrücklich in den Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 zur Gewaltenteilung¹⁾. Diese Normierung erhält ihr besonderes Gewicht noch dadurch, daß dieser Grundsatz durch Art. 79 Abs. 3 GG für unabänderbar erklärt worden ist. Aus der Aufzählung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung,

34) Vgl. oben S. 69 ff.

1) Das BVerfG, BVerfGE 3, 225, (247) bezeichnet die Gewaltenteilung zutreffend als tragendes Organisationsprinzip des GG. — Vgl. allgemein über „Die Scheidung der Gewalten nach dem Bonner Grundgesetz“ *Laforet* in dem gleichnamigen Beitrag in „Gegenwartsprobleme des Rechts“, Görres Gesellschaft, N. F. Heft 1, Paderborn 1950, S. 53 ff.

also verschiedenen Arten staatlicher Betätigung, ergibt sich jedoch noch nicht, welche Bedeutung diese Differenzierung für die staatliche Ordnung hat.

2. Die Unterscheidung von Formen staatlicher Tätigkeit ist alt²⁾, sie bekam ihre aktuelle Ausprägung jedoch erst durch *Montesquieu*. Im Jahre 1748 erschien in Genf sein Werk „*De l'Esprit des Lois*“. Dort erklärt er im 11. Buch, daß es in jedem Staat drei Arten von Gewalten³⁾ gäbe: die gesetzgebende (*puissance législative*), die vollziehende (*puissance exécutive*) und die richterliche (*puissance de juger*)⁴⁾.

Montesquieu verstand unter der Gewaltenteilung ein Prinzip, bei dem sich die Trennung der Gewalten mit ihrer gegenseitigen Hemmung verband. Er begnügte sich daher nicht mit einer sachlichen Unterscheidung der Staatsgewalten, sondern verlangte eine Verteilung der Funktionen auf subjektiv getrennte Gewaltenträger. Sein politisches Anliegen war es, die Freiheit des Bürgers zu schützen und zu erhalten⁵⁾. Diese sei jedoch verloren, wenn auch nur zwei der Gewalten in einer Hand vereinigt wären. Da es eine ewige Erfahrung sei, daß jeder, der Macht habe, zu ihrem Mißbrauch neige, forderte er, daß die Macht der Macht Schranken setzen müsse. „*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.*“

Montesquieu wollte also nicht apriorische, rechtslogische Erkenntnis vermitteln, sondern ein politisches Prinzip zur Freiheits-sicherung aufzeigen⁶⁾. Dieses Prinzip hat heute noch Gültigkeit, wenn auch die Ausgestaltung im einzelnen nur noch historisches

2) Vgl. „Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips“ die gleichnamige Dissertation von *Kägi*, Zürich 1937 (dazu noch seine Schrift „Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates“, Zürich 1945, S. 44, N. 8).

3) *Ernst v. Hippel*, Gewaltenteilung im modernen Staat, Koblenz 1948, S. 33, meint, daß der Begriff der Gewalt bei *Montesquieu* physikalischen Charakter trage. Das ist insofern sicher richtig, als das jeweils gegebene physikalische Weltbild immer einen nachhaltigen und tiefen Einfluß auf die Geisteswissenschaften ausübt. Man darf aber nicht übersehen, daß der Begriff *puissance* — *pouvoir* für *Montesquieu* eine reale politische Bedeutung hatte. Gewalt heißt für ihn nichts anderes als politische Macht.

4) Vgl. zur Gewaltenteilungslehre *Montesquieus Forsthoff* in seiner Einführung zum 1. Band der von ihm herausgegebenen Übertragung des „*Esprit*“ (Tübingen 1951), *Fritz Werner*, Zum 200jährigen Gedenken von *Montesquieu* „Geist der Gesetze“, DV 1948 S. 129 ff. und *v. d. Heydte*, a. a. O. S. 496 ff.

5) Gegen die Verkennung dieses kämpferischen Moments bei *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928, S. 97, *Thoma*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd. S. 112, N. 12.

6) Im gleichen Sinne *Drath*, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, Berlin 1952, S. 99 ff. (Faktoren der Machtbildung).

Interesse beanspruchen kann⁷⁾. So sah *Montesquieu* die Freiheit im wesentlichen durch einen Kräfteausgleich zwischen der durch den Monarchen verkörperten Exekutive und der aus den Vertretern des Volkes gebildeten Legislative gesichert; demgegenüber brauchte er der Rechtsprechung keinen Platz innerhalb seines Gleichgewichtssystem zuzuweisen⁸⁾. Da im modernen von den politischen Parteien weitgehend beherrschten Staat hinter der ersten und der zweiten Gewalt keine selbständigen Machtgruppen stehen, sondern beide Gewalten von den jeweils an der Macht befindlichen Parteien maßgeblich beeinflußt und gelenkt werden, muß heute notwendigerweise die dritte Gewalt stärker als hemmende Gewalt und Kontrollinstanz in Erscheinung treten. Das Grundanliegen *Montesquieus*, die Verteidigung der Freiheit gegenüber staatlicher Machtzusammenballung, ist aber nicht veraltet. Denn die Gefahr des Machtmißbrauches droht in erster Linie vom Staat, da er über die größte Macht verfügt⁹⁾.

3. Seitdem *Montesquieu* die Idee der Gewaltenteilung in das politische Bewußtsein gehoben hat, ist sie als Organisationsprinzip in allen rechtstaatlichen Verfassungen stillschweigend oder ausdrücklich anerkannt¹⁰⁾. Jedoch ist die Ausgestaltung im einzelnen ganz verschieden erfolgt. Systematisch kann man folgende drei Gruppen unterscheiden:

a) Die Gewaltenteilung wird nur als Beschreibung verschiedener staatlicher Grundfunktionen angesehen. Sie stellt nichts anderes dar als eine Geschäftsverteilung im großen (Funktions-theorie).

b) Es wird die Forderung einer absoluten Trennung der Gewalten erhoben, damit ein Übergriff der einen Gewalt in den Kompetenzbereich der anderen unbedingt vermieden werde (Gewalten-trennung).

c) Ausgehend von der Grundidee *Montesquieus* wird ein System von checks and balances errichtet, um keine der Gewalten zu mächtig werden zu lassen (Gewaltenkontrolle).

7) Auch *Küster*, AöR Bd. 75 S. 397 ff. (398) betont, daß es sich um kein Dogma handle. Er hält allerdings die Gewaltenteilung für ein problematisches Mittel zur Freiheitssicherung.

8) Er nennt sie ja bekanntlich 'en quelque facon nulle'. Für ihn sind die Richter nur „la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur“. Aber auch das ist aus der politischen Zeitsituation heraus zu verstehen.

9) *Brunner*, Rechtsstaat gegen Totalstaat, Zürich 1948, Rechtspolitischer Teil, S. 138.

10) Wenn in Art. 16 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 ein Staat ohne Gewaltenteilung und ohne Grundrechte schlechtweg als verfassungslos bezeichnet wird, so ist dies zwar nicht vom rechtslogischen Standpunkt aus richtig, jedoch als praktischer Erfahrungssatz begründet (ebenso *Kägi*, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 56).

Die deutsche staatsrechtliche Lehre nach 1848 bis zum ersten Weltkrieg stand mit ihren führenden Vertretern auf dem Boden der Funktionentheorie¹¹⁾, was im Grunde mit der philosophischen Konzeption vom Staat als der Wirklichkeit der sittlichen Idee¹²⁾ zusammenhängt¹³⁾.

Das französische Verfassungsrecht hat dagegen immer den Schwerpunkt auf eine reinliche Scheidung der Kompetenzbereiche gelegt (Gewaltentrennung) und daher prinzipiell den Zivilgerichten untersagt, eine direkte oder Inzidentkontrolle auszuüben¹⁴⁾.

Eine echte Gewaltenhemmung im Sinne Montesquieus hat die Verfassung der USA verwirklicht und dabei der dritten Gewalt eine bedeutsame Rolle zugewiesen¹⁵⁾. Die Kontrolle von Hoheitsakten durch die Gerichte ist infolgedessen dort in weitem Ausmaß möglich.

4. Wir haben nun die Frage zu beantworten, welche Form der Gewaltenteilung im Grundgesetz verankert ist. Hier gibt schon die

11) Vgl. etwa die scharfe Ablehnung der Gewaltenteilung bei *Laband*, 4. Auflage, a. a. O. 2. Bd. S. 6 Anm. 2: „Eine Kritik dieser Lehre, welche die Einheit des Staates zerstört und welche weder logisch haltbar noch praktisch durchführbar ist, kann hier unterbleiben, da in der deutschen politischen und staatsrechtlichen Literatur über die Verwerflichkeit dieser Theorie seit langer Zeit fast vollkommenes Einverständnis besteht.“ — In der 5. Auflage fehlt diese Bemerkung und in seinem „Deutschen Reichsstaatsrecht“, Tübingen 1919 (7. Aufl.) selbst eine Kritik an Montesquieu. — Vgl. ferner *v. Mohl*, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Erlangen 1855, Bd. 1 S. 274 (Gewaltenteilung führe zu Anarchie und Zerrüttung), und vor allem *Georg Jellinek*, a. a. O. S. 496 ff., 602 ff., der lehrt, daß es in einem einheitlichen Staat nur eine einheitliche und unteilbare Staatsgewalt geben könne, und daher das politische Prinzip Montesquieus verwirft und nur eine theoretische Einteilung der Staatsfunktionen nach materiellen Gesichtspunkten anerkennt.

12) So *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 257. *Hegel* bekämpft natürlich auch die Gewaltenteilung (a. a. O. § 272); er faßt übrigens die richterliche mit der polizeilichen Gewalt zusammen (a. a. O. § 287). — Welche praktischen Folgen gerade für unseren Themenbereich die Lehre vom Staat als der Verkörperung der sittlichen Idee nach sich zieht, zeigt besonders klar *Stahl*, a. a. O. 2. Bd. 2. Abteilung, S. 607: „Dächte man sich einen Zustand, daß über die Akte der Staatsgewalt, sey es vor ihrer Vornahme, sey es nachher, richterliche Entscheidung überall eintrete, wenn der Untertan sich auf Rechtsverletzung beruft, so hätte damit der Staat aufgehört, wirklich Staat, ein sittliches Reich über den Individuen zu sein ...“

13) Auch in der Weimarer Zeit wurde von der h. M. unter Gewaltenteilung nur eine Zuständigkeitsverteilung verstanden, so besonders deutlich *E. v. Hippel*, VVDStL Heft 5 S. 179 ff.; vgl. ferner *Triepel*, VVDStL Heft 5 S. 12; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht S. 6 ff.; *Hatschek* a. a. O. S. 12. — Anders allerdings *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. S. 56 ff., der die politische Aufgabe der Gewaltenteilung betont.

14) *Bernatzik*, a. a. O. S. 221, weist auf den ursprünglichen Sinn dieser Anschauung hin, der in der Unabhängigkeit des Instruments der neuen Ordnung gegenüber den konservativen Gerichten bestand.

15) Vgl. hierzu *Carstens*, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung, Berlin 1954, S. 48 ff.

konkrete Situation, aus der das Grundgesetz entstand, einen deutlichen Hinweis. Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates blickten notwendigerweise auf die vergangenen zwölf Jahre nationalsozialistischer Herrschaft zurück. Sie standen noch voll unter dem Eindruck der totalen Machtzusammenballung in der Staatsführung des Dritten Reiches, wo tatsächlich die Staatsgewalt ungeteilt war. Das Erlebnis des nationalsozialistischen Unrechtsstaates hatte allen verdeutlicht, daß Macht an sich böse ist (*Jakob Burckhardt*). Infolgedessen mußte den Schöpfern des Grundgesetzes an einer Hemmung der Gewalten gelegen sein¹⁶⁾ 17).

Diese ist in der Form einer durch die Dritte Gewalt ausgeübten Kontrolle der beiden anderen Gewalten durchgeführt worden; für die Kontrolle der Gesetzgebung sei nur auf Art. 93, 100 GG, für die der Verwaltung¹⁸⁾ auf Art. 19 Abs. 4 GG¹⁹⁾ verwiesen²⁰⁾. Entsprechend ihrer besonderen Aufgabe ist die Rechtsprechung auch

16) So auch v. *Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1953, Anm. 5 zu Art. 20.

17) Bedenken gegen eine echte Gewaltenteilung könnten durch Hinweis auf Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geltend gemacht werden: Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus. Jedoch zu Unrecht. Denn hiermit wurde nur das Prinzip der Volkssouveränität festgelegt. Nun ist zwar seit *Rousseaus* Angriff gegen *Montesquieu* (*contrat social*, 2. Buch, 2. Kapitel) immer wieder behauptet worden, daß aus dem Gedanken der Volkssouveränität zwingend die Unteilbarkeit der Staatsgewalt folge. Dies beruht jedoch auf einer Verwechslung. Gewiß ist die letzte irdische Quelle aller Gewalt im Staat das Volk. Die Träger staatlicher Macht leiten sie allein vom Volk ab, das im Besitz des unteilbaren und ungeteilten *pouvoir constituant* ist. Der einheitliche Ausgangspunkt aller Staatsgewalt bedingt aber durchaus nicht eine Einheitlichkeit der Gewalt. Ursprung der Gewalten und diese selbst sind zweierlei. — Außerdem übersieht man bei der Behauptung von der Einheit der Staatsgewalt immer, worauf *E. v. Hippel*, Gewaltenteilung im modernen Staat, S. 33, mit Nachdruck hingewiesen hat, daß der Staat keine natürliche Einheit, sondern ein Miteinander von Menschen ist und daß man mit dieser Behauptung „das Prinzip einer quantitativen Despotie als logisch notwendig“ setzt. — Die Verbindung zwischen theoretischem Dogma von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt und praktischer Diktatur ist aus dem Dritten Reich bekannt, wo für den Gedanken der Gewaltenteilung natürlich kein Platz mehr war.

18) Im Sinne von Exekutive, vollziehender Gewalt, also unter Einschluß der Regierung. Art. 1 Abs. 3 GG spricht in diesem Sinne von Verwaltung, während Art. 20 Abs. 3 bei der gleichen Aufzählung der Staatsgewalten von vollziehender Gewalt spricht. Ein Unterschied soll dadurch offensichtlich nicht gemacht werden.

19) Das formelle Hauptgrundrecht, so *Klein*, VVDStL Heft 8, S. 88 ff.

20) Zur Bedeutung der Rechtsprechung in der durch das GG festgelegten Staatsordnung vgl. insbesondere: *Arndt*, DRiZ 1950 S. 229 ff.; *Dernedde*, ZJBBrZ 1949 S. 101 ff.; *Friesenhahn*, DV 1949 S. 478 ff.; Thoma-Festschrift, a. a. O.; *Ipsen*, DV 1949 S. 486 ff.; *Jahrreiß*, 37. Deutscher Juristentag, Verhandlungen S. 26 ff.; Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2 S. 203 ff.; *Schneider*, DV 1949, S. 142 ff.; *Strauß*, SJZ 1949 Sp. 523 ff. Vgl. ferner das reichhaltige Schrifttum zur Frage der „Selbstverwaltung der Gerichte“ und die Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages zu diesem Thema.

— erstmalig in der deutschen Verfassungsgeschichte — scharf von den anderen Gewalten getrennt worden²¹⁾. Die Trennung zwischen erster und zweiter Gewalt ist demgegenüber nicht so exakt²²⁾, und es fehlt hier an einer echten gegenseitigen Gewaltenteilung, was auch im System der parlamentarischen Demokratie anders nicht denkbar ist²³⁾. Zügelung staatlicher Macht im Sinne einer Verhütung des Machtmißbrauchs — und damit Verwirklichung der politischen Idee *Montesquieus* — kann hier nur durch Einrichtung der Rechtsprechung als Kontrollinstanz par excellence gegenüber jeder Äußerung staatlicher Gewalt erfolgen²⁴⁾²⁵⁾. Die konsequente Durchführung dieses modernen Gewaltenteilungsprinzips²⁶⁾ bedeutet für unseren Problemkreis, daß der Rechtsprechung generell die Kontrollbefugnis gegenüber Akten der Verwaltung zukommt. Die direkte Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG interessiert dabei vorläufig nicht. Wohl aber die Inzidentkontrolle, also die Möglichkeit, bei der Entscheidung öffentlich-rechtlicher Vorfragen eine von einer Verwaltungsbehörde ab-

21) IX. Abschnitt des GG, Art. 92—104.

22) So wirkt der Bundesrat bei Gesetzgebung und Verwaltung mit (Art. 50 GG). Ferner können Abgeordnete gleichzeitig Mitglieder der Regierung sein.

23) Es ist *Werner Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, daher durchaus zuzugeben, daß hinter Legislative und Exekutive die gleichen parteipolitischen Kräfte (auch „oligarchische Mächtigkeitsgruppen“) stehen und daß eine Hemmung dieser Gewalten untereinander daher fehlt. Deshalb aber zu behaupten, im GG sei von der rechtsstaatlichen Substanz des politischen Organisationsprinzips der Gewaltenteilung wenig übrig geblieben (a. a. O. S. 26), bedeutet eine Verkennung der Folgerungen, die das GG aus den Machtverhältnissen in der modernen Massendemokratie gezogen hat. Für die Behauptung des Einflusses der Parteipolitik auf die Rechtsprechung ist *Weber* bisher den Beweis schuldig geblieben. Ganz im Gegenteil zu dem düsteren Bild, das *Weber* entwirft, muß gesagt werden, daß gerade die parteipolitische Integrität der Richter die Dritte Gewalt zur berufenen Kontrollinstanz gegenüber der starken Machtzusammenballung, die sich durch die Beziehungen zwischen Legislative und Exekutive und durch ihre gleichzeitige Beeinflussung durch „oligarchische Mächtigkeitsgruppen“ ergeben hat, macht. — Kritisch zu *Webers* Schrift auch *Strauß*, DV 1950 S. 31, und *Loening*, SJZ 1950 S. 258, N. 15.

24) Eine Kontrolle der Rechtsprechung durch die anderen Gewalten fehlt. Nur eine Art Selbstkontrolle in Form der Richteranklage wurde durch Art. 98 Abs. 2 GG geschaffen. Eine Kontrolle der Dritten Gewalt ist aber auch nicht erforderlich, da sie hinsichtlich politischer Macht 'en quelque facon nulle' ist. Vgl. auch N. 23.

25) *Bachof* hat daher wiederholt betont (vgl. etwa DÖV 1954 S. 228), „daß angesichts der ungeheuren Machtkonzentration des modernen Staatsapparates eine andere Alternative als die einer umfassenden Gerichtskontrolle gar nicht bleibt, wenn man nicht der Totalität des Staates und der Vergewaltigung des Individuums erneut alle Tore öffnen will“.

26) Die Kritik *Draths*, a. a. O. S. 108 ff., an der Abweichung von *Montesquieus* Schema ist unberechtigt; übrigens hat *Drath* selbst (S. 100) gefordert, daß das schöpferische Prinzip und nicht das Schema entscheidend sein müsse.

weichende Auffassung zu vertreten, eine Bindung also zu verneinen.

Grundsätzlich muß aus dem dem Grundgesetz zugrunde liegenden System der Gewaltenkontrolle durch die Rechtsprechung geschlossen werden, daß — soweit erforderlich — rechtswidrigen Akten die Anerkennung versagt werden kann; denn Sinn einer Kontrolle ist es, jede Überschreitung des Machtbereichs zu bekämpfen. Diese Erkenntnis aus dem Gewaltenteilungsschema gibt aber der Dritten Gewalt in ihrer Gesamtheit eine Kontrollbefugnis und stellt daher vorerst nur ein Prinzip der allgemeinen Beziehungen zwischen der Zweiten und Dritten Gewalt auf. Ob speziell die Zivilgerichte diese Befugnis — und gegebenenfalls in welchem Ausmaß — auszuüben haben, ob ihnen bei der Aufgabenverteilung innerhalb der verschiedenen Zweige der Rechtsprechung Direkt- bzw. Inzidentkontrolle zukommt, ist eine nunmehr zu behandelnde Frage, die jedoch vom Grundsatz der Kontrollfunktion der Rechtsprechung gegenüber der Verwaltung auszugehen hat.

14. Kapitel

Inzidentkontrolle

1. Haben wir erkannt, daß die Rechtsprechung berufen ist, VAe auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen und ihnen nötigenfalls die Anerkennung zu versagen, so stellt sich nun die spezielle Frage, wie, d. h. mit welchem juristisch-technischen Mittel, die Zivilgerichte eine solche Kontrolle auszuüben in der Lage sind. Dabei bleiben die subsidiäre „Direktkontrolle“ nach Art. 19 Abs. 4 GG sowie die Amtshaftungsklagen vorerst außer Beachtung¹⁾. Es werden vielmehr die häufigen Fälle ins Auge gefaßt, bei denen die Entscheidung über einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch davon abhängt, ob ein VA zur Grundlage des Urteils gemacht wird.

Eine Inzidentkontrolle ist hier dadurch möglich, daß das Gericht einem rechtswidrigen Akt alle Wirkungen aberkennt, die er bestimmungsgemäß haben sollte, indem es die Wirksamkeit des Aktes verneint. Dies hat zwar nur für die Entscheidung des konkreten Falles eine Bedeutung, kann aber praktisch einer Aufhebung des Aktes gleichkommen.

Da eine umfassende, abschließende Regelung der Nichtigkeitsgründe von VAen fehlt, kann das Zivilgericht also dadurch, daß es einen VA für nichtig erklärt, die Verwaltung kontrollieren. Der Ausdruck „erklären“²⁾ mag im ersten Augenblick Wider-

1) Dazu unten im 2. und 3. Teil der Arbeit.

2) Die Gerichte benutzen ihn gelegentlich, vgl. z. B. OLG Stuttgart, SJZ 1946 Sp. 237.

spruch herausfordern; denn nach allgemeiner Meinung handelt es sich hier nicht um eine konstitutive Festsetzung, sondern nur um die Feststellung einer bereits von Anfang an vorhandenen Nichtigkeit. Sie besteht theoretisch schon, ehe das Gericht sich über sie ausgesprochen hat, und jeder Staatsbürger darf daher ungestraft nichtige Staatsakte mißachten. Aber nur wenn das Gericht seine Meinung teilt! Wann ein Akt nichtig ist, bestimmt praktisch erst das Gericht. Und die eigentliche Bedeutung der Nichtigkeitskategorie liegt darin, daß sie den ordentlichen Gerichten die Möglichkeit gibt, bei der Vorfragenprüfung VAen die Anwendung zu versagen. Nichtigkeit und Kontrollbefugnis stehen daher in Wechselbeziehung³⁾. Daß dies sogar in einem noch viel stärkerem Maße der Fall ist, als gemeinhin angenommen wird, zeigt die Rechtsprechung nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates.

2. Die Verwaltungspraxis in der ersten Zeit nach dem Zusammenbruch hatte sich — aus verschiedenen Gründen — von dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung teilweise stark entfernt; es herrschten weitgehend „Standrechtsmethoden“⁴⁾. Einen Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte gab es noch nicht⁵⁾. Nun hatte man sich zwar im Dritten Reich auch damit abfinden müssen, daß staatliche Behörden schwerwiegende Eingriffe vornahmen, ohne daß die Anrufung eines Gerichts möglich gewesen wäre. Die Zivilgerichte — jedenfalls in der späteren Zeit des Nationalsozialismus — konnten es natürlich nicht wagen, Hoheitsakte gegen den Willen der Exekutive für nichtig zu erklären. Es hätte auch nicht der Rolle entsprochen, die die Gerichte in dieser Zeit zu spielen hatten.

Mit dem Zusammenbruch setzte sich aber immer mehr der Gedanke durch, daß alles staatliche Handeln durch Gesetz und Recht bestimmt sein müsse. Wenn Verwaltungsbehörden diesem Grundsatz zum Teil nicht nachkamen, so war das jedenfalls nicht mehr in Übereinstimmung mit der neuen Staatsauffassung, die

3) E. v. Hippel, VVDSiL Heft 5 S. 193 f., der auch mit Recht darauf hinweist, daß der Positivismus diese Dinge seltsam auf den Kopf gestellt hat, wenn er in der Nichtigkeit eine Seinskategorie sieht.

Vgl. neuerdings auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2 S. 678 ff. und hier unten N. 10.

4) Kleinrahm, DV 1949 S. 366.

5) Verwaltungsgerichte gibt es in Bayern und dem ehemaligen Württemberg-Baden seit dem 15. 10. 1946, in Hessen seit 16. 11. 1946, in der französischen Zone seit Sommer 1946, allerdings anfangs ohne Generalklausel. In der britischen Zone besteht eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel erst seit dem 1. 4. 1948 (MRVO 141). In Bremen wurde eine Verwaltungsgerichtsbarkeit eingerichtet durch das Gesetz vom 5. 8. 1947 und in Berlin im britischen und amerikanischen Sektor schon 1945 (mit Generalklausel) und endgültig durch das Gesetz vom 8. 1. 1951.

mit dem Begriff des Rechtsstaates gekennzeichnet werden kann⁶⁾. Im Rechtsstaat müssen aber Verwaltungsakte auf ihre Rechtmäßigkeit nachprüfbar sein und bei Rechtswidrigkeit aufgehoben werden können. Die hierfür an und für sich zuständigen Verwaltungsgerichte bestanden noch nicht; damit mußte diese Aufgabe an die Zivilgerichte fallen, da sie die einzigen Gerichte waren, die wenigstens in gewissem Umfang Abhilfe schaffen konnten. Sie durften eine Kontrolle der Verwaltung freilich nur im Rahmen ihrer Zuständigkeit durchführen. In Frage kam also nur die Entscheidung über die Nichtigkeit von VAen bei der Vorfrageprüfung.

Die Zivilgerichte haben ihre Aufgabe auch erkannt und in weitem Maße VAe, die der gesetzlichen Regelung nicht entsprachen, für nichtig erklärt, auch wenn sie nicht in den herkömmlichen Nichtigkeitskatalog hineinpaßten^{7) 8) 9)}.

6) Bei aller — wohl notwendigen — Unschärfe dieses Begriffs, wird man als Rechtsstaat einen Staat bezeichnen dürfen, der nicht einem Selbstzweck diene, sondern um des Menschen willen da ist (vgl. Art. 1 Abs. 1 des HCHE, JöR NF, Bd. 1 S. 48) und in dem das Recht Maßstab alles staatlichen Tuns ist. Unbedingtes rechtsstaatliches Erfordernis ist jedenfalls die Einhaltung des Grundsatzes der Rechtmäßigkeit der Verwaltung und damit verbunden eine Kontrollmöglichkeit der Verwaltungstätigkeit.

7) Vgl. LG Osnabrück, DV 1948 S. 39 („Jeder Staatsbürger in einem Rechtsstaat hat Anspruch darauf, daß auch ihm gegenüber von den Behörden die geltenden Gesetze beachtet werden“) m. abl. Anm. v. *Naumann*; LG Osnabrück, MDR 1949 S. 48, m. abl. Anm. v. *Hornig*; LG Hagen, MDR 1948 S. 147 ff. (VA ist im Rechtsstaat nichtig, wenn er gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstößt) m. zust. Anm. v. *Haarmann*; LG Hagen, MDR 1949 S. 110 ff.; LG Detmold, Handbuch des gesamten Mietrechts und des Raumrechts, „Gasthof (Wohnraumerfassung)“, Rechtsprechung 1 Bl. 2, zust. dort *Kleinrahm*; LG Kiel, DV 1949 S. 187 ff. m. abl. Anm. v. *Naumann*; OLG Düsseldorf, MDR 1948 S. 286 (hier lag aus anderen Gründen ein nichtiger Akt vor, das Gericht führt jedoch aus, daß der VA ohne gesetzliche Stütze ergangen und daher unverbindlich sei), m. zust. Anm. v. *Bettermann*; LG Münster, DV 1949 S. 191 ff. (diese Entscheidung betraf allerdings einen VA, der vor den Verwaltungsgerichten hätte angefochten werden können). Das AG Kandel, DRZ 1947 S. 340, hat unter ähnlichen Voraussetzungen einen VA aus dem 3. Reich als nichtig angesehen.

8) Auch die Verwaltungsgerichte haben VAe, die vor dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsgesetze ergangen waren, wegen Gesetzeswidrigkeit für nichtig erklärt, vgl. Württ.-Bad. VGH, NJW 1947/48 S. 357; Hess. VGH, DV 1948 S. 118, m. zust. Anm. v. *Bettermann*; DV 1949 S. 191; MDR 1950 S. 374, m. krit. Anm. v. *Bachof*.

9) Bemerkenswert auch die Entscheidung des Hans. OLG Hamburg, DVBl 1952 S. 696. Hier neigt das Gericht allgemein der Ansicht zu, daß bei fehlendem Verwaltungsrechtsschutz gegen Entscheidungen der Entnazifizierungsbehörden eine Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe am Platz ist.

3. Wir gewinnen hieraus die Erkenntnis, daß die Kategorie der Nichtigkeit von VAen nicht ein für allemal fest umgrenzt und starr ist¹⁰⁾.

Ihr Ausdehnungsbereich hängt vielmehr davon ab, inwieweit ein nach der Staatsstruktur erforderlicher Rechtsschutz gegeben ist oder nicht. Unterliegt nach der herrschenden Staatsauffassung auch das staatliche Handeln ohne Ausnahme rechtlichen Bindungen und sind — was besonders für Übergangszeiten in Frage kommt — zur Kontrolle ausdrücklich bestimmte unabhängige Instanzen nicht vorhanden, so muß dies zu einer Ausweitung der

10) Die oben erwähnte Rechtsprechung billigen im wesentlichen: *Bachof*, ZVP Bd. 65 S. 24 ff., der hervorhebt, daß die Rechtsordnung nun einmal nicht allein den Gesetzen der Logik folge. Die Gerichte hätten sich durch die Erwägungen des Rechtsschutzes auch nicht nur unbewußt leiten lassen (so *Böttcher*, DVBl 1950 S. 327). Für die Verwaltungsgerichte bekennt *Bachof* aus eigener Kenntnis, daß Erwägungen des Rechtsschutzes bei der Entscheidung über die Grenze zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit ausschlaggebend waren. Vgl. auch *Bachof*, SJZ 1949, Sp. 389; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 663, 678, 721, 723 f., 729, 744; *Klein*, Untersuchungen, S. 30 ff.; *Kleinrahm*, MDR 1948 S. 111 f.; DV 1949 S. 365 ff., der betont, daß die Praxis der Zivilgerichte die Nichtigkeitsgründe nicht aus einem ungerechtfertigten Geltungsdrang, sondern aus dem ehrlichen Bemühen ausgeweitet habe, „eine in unerträglichem Maße sich von Gesetz und Recht entfernende Verwaltungspraxis in ihre Schranken zurückzuweisen“. Besonders eingehend hat sich *Ule*, ZJBBrZ 1949 S. 61 ff., 10. Beiheft zur DRZ 1949 S. 13 ff., Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 S. 260 ff. (272 ff.) mit dem Zusammenhang zwischen Rechtsschutz und Nichtigkeit befaßt. Er bejaht aus rechtsstaatlichen Erwägungen die oben angeführte Rechtsprechung, da es unzweifelhaft sei, daß die Frage, ob ein VA nichtig oder bloß anfechtbar sei, in einer Rechtsordnung mit umfassender Verwaltungsgerichtsbarkeit anders beurteilt werden müsse, als dort, wo dieser Rechtsschutz fehle (10. Beiheft, S. 13). Bei dieser grundsätzlichen Einstellung *Ules* verwundert es allerdings, daß er (ZJBBrZ S. 66) eine Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe dann ablehnt, wenn der VA vor Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ergangen ist — und daher vor den Verwaltungsgerichten nicht angefochten werden kann — jedoch der Prüfung des Zivilgerichts zu einer Zeit unterliegt, in der bereits Verwaltungsgerichte bestehen.

Kritisch zu der genannten Rechtsprechung, wenn auch in Anerkennung der damaligen „Rechtsnot“, haben sich geäußert: *Böttcher*, DVBl 1950 S. 327; *Hornig*, MDR 1949 S. 51; *Naumann*, DV 1949 S. 189; *Tiedau*, ZVP Bd. 64 S. 442 Nr. 132 (gegen *Ule*, a. a. O.). —

Eine Erweiterung der Nichtigkeitsgründe mit der Begründung mangelnden Rechtsschutzes lehnt ab der BGH, BGHZ 4, 72 ff. (82), da die Frage des Rechtsschutzes mit der materiell-rechtlichen Grundlage der Nichtigkeit nichts zu tun habe; so ähnlich schon der OGHBrZ, OGHZ 4, 34; vgl. ferner BGHZ 4, 10 ff. (24 f.), 4, 302 ff. (309 f.).

Den Zusammenhang zwischen Rechtsschutz und Fehlerfolgen haben früher schon überzeugend betont *Jellinek*, VVDStL Heft 5 S. 210 ff.; *Nipperdey*, Benschheimer Sammlung 5, 259 ff. (269 f.); ähnlich auch in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3.—5. Auflage, Mannheim, 2. Bd. S. 459; ferner die österreichische Lehre: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 225; *Layer*, VVDStL Heft 5 S. 166 ff.; *Merkel*, Verwaltungsrecht, S. 221. Vgl. auch hier oben N. 3.

Nichtigkeitsgründe führen, da damit die Lücke geschlossen werden kann, die zwischen der theoretischen Staatsform¹¹⁾ und dem praktischen Rechtsschutz entstanden ist.

Die Kategorie des nichtigen VAes ist daher von zwei Komponenten abhängig: Von der herrschenden Staatsauffassung und von dem gegebenen Rechtsschutz¹²⁾ 13). Entsprechen sich Staatsauffassung und Rechtsschutz, so wird die Nichtigkeit eines VAes zumindest eine Ausnahme bilden. Das gilt nicht nur für den Rechtsstaat, in dem die Verwaltung einer Kontrolle unterliegt, sondern auch für den totalen Verwaltungsstaat, in dem eine echte, unabhängige und allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit fehlt. Denn hier ist es oberstes Prinzip, daß der Bürger staatliche Maßnahmen „im Interesse der Allgemeinheit“ — oder wie sonst die Phrasen heißen mögen, hinter denen sich das Staatsgrundgesetz von der absoluten Allmacht „des Staates“, d. h. der Führung verbirgt — ohne Widerspruch hinzunehmen hat. Eine Ausweitung der Nichtigkeitsgründe zu seinem Schutz wäre also nicht im Einklang mit der Staatsstruktur¹⁴⁾. Anders im Rechtsstaat. Hier braucht der Bürger nur rechtmäßige Maßnahmen zu dulden. Soweit ihm ein ausreichender Rechtsschutz (noch) nicht zur Seite steht, werden daher die Zivilgerichte durch Ausweitung der Nichtigkeitsgründe eine Inzidentkontrolle ausüben.

4. Nun sind aber die Zivilgerichte ein Teil der Rechtsprechung; eine Kontrollfunktion kommt jedoch der Dritten Gewalt als Ganzes zu¹⁵⁾. Dabei ist der eine oder andere Gerichtszweig nicht

11) Staatsform hier nicht im alten Sinn der Gegensatzpaare, wie sie von *Aristoteles* und *Machiavelli* überkommen sind, sondern im Sinn von Rechtsstaat—Totalstaat und ähnl.

12) *Bettermann* stellt einseitig auf die Staatsauffassung ab (MDR 1950 S. 267) und befürwortet daher eine Ausdehnung der Nichtigkeit allein wegen des Wechsels vom autoritativen zum demokratischen Staat. Eine Beziehung zum Rechtsschutz lehnt er ab (MDR 1949 S. 394 ff.), da es sich nicht um ein Problem des Gerichtsverfassungsrechts oder der Prozeßordnung, sondern um eines des materiellen Verwaltungsrechts handle. Eine solche Auffassung wird dem komplexen Verhältnis von Nichtigkeit-Rechtsschutz-Staatsform nicht gerecht.

13) *E. v. Hippel*, Staatsakt, S. 80 (zustimmend *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ S. 17) begründet die weitgehende Nichtigkeit von VOen mit dem fehlenden Rechtsmittel der Anfechtung gegen sie. Dies wird man trotz § 25 VGG anzuerkennen haben, da die dort gegebenen Möglichkeiten ja eng begrenzt sind. Sicherlich kann man nicht, wie es das OLG Düsseldorf, MDR 1950 S. 686, versucht, eine Begründung darin finden, daß der Mangel der gesetzlichen Ermächtigung offensichtlich sei.

14) Soweit dort überhaupt noch erlaubt ist, daß ein Zivilrichter einen Hoheitsakt als nichtig bezeichnet.

15) Es bedeutet daher eine Verschiebung des Problems, wenn *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ, S. 6, das Verbot einer gegenseitigen Kontrolle von „Justiz und Verwaltung“ aus der funktionellen und organisatorischen Trennung ableitet. Denn man muß zwischen Rechtsprechung und Verwaltung unterscheiden, und

irgendwie einem anderen gegenüber bevorrechtigt¹⁶⁾. Die ordentlichen Gerichte sind daher auch nicht „die Gerichte schlechthin“, in deren Zuständigkeitsbereich die Verwaltungsgerichte als Sondergerichte eingebettet wurden¹⁷⁾, sondern die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der ordentlichen gleichberechtigt nebengeordnet¹⁸⁾.

Soweit Verwaltungsgerichte bestehen, sind diese naturgemäß dazu berufen, die Kontrolle über die Verwaltung¹⁹⁾ auszuüben; nur soweit sie fehlen, treten die Zivilgerichte in ihre Kontrollfunktion ein. Entweder in der dargelegten Weise durch Ausweitung der Nichtigkeitsgründe oder kraft gesetzlicher Regelung — wie durch Art. 19 Abs. 4 GG — durch Ausübung echter Verwaltungsgerichtsbarkeit²⁰⁾.

In der Bundesrepublik besteht eine umfassende Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel. Hier können also alle Akte der Verwaltungsbehörden, die in den Lebensbereich des Staatsbürgers irgendwie eingreifen, angefochten werden. Der Rechtsschutz und damit die Kontrolle ist dadurch in vollkommener Weise verwirklicht. An einer Ausdehnung der Nichtigkeitsgründe durch die Zivil-

da steht die Kontrollzuständigkeit der rechtsprechenden Gewalt fest. Erst dann kann man fragen, welcher Zweig der Dritten Gewalt zur Kontrolle in erster Linie berufen ist; es handelt sich also nicht um die Abgrenzung der Justiz von der Verwaltung, sondern der sogenannten ordentlichen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit. — Das gleiche muß im wesentlichen auch gegen *Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. 2 S. 691 ff., eingewandt werden. Er meint, eine Kontrolle der Verwaltung durch die Justiz würde das Gleichgewicht der staatlichen Kräfte stören (S. 701). Eine Auffassung, die auf der verfehlten funktionellen Zuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verwaltung (S. 700 f.) basiert.

16) Von der Sonderstellung des Bundesverfassungsgerichts als oberstes Verfassungsorgan wird dabei abgesehen; vgl. dazu die Denkschrift des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Juni 1952.

17) So aber *Bettermann*, MDR 1949 S. 398 f. Dagegen die fast einhellige Meinung im Schrifttum, vgl. die folgende Note.

18) *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 161 ff. (164 f.); ZJP 65. Bd. S. 7; *Friesenhahn*, DV 1949 S. 479, N. 10; *Klein*, VVDStL Heft 8 S. 95; *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ, S. 19; Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 15; *Zinn*, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S. 51.

19) Damit wird nicht eine Auffassung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als einer „qualifizierten und neutralen“ Staatskontrolle, die nur im Interesse des Staates und zum reibungslosen Laufen der Staatsmaschine vorhanden ist, vertreten. Dagegen zu Recht *Bettermann*, DVBl 1953 S. 163 f., und *Ule*, DVBl 1954 S. 137 ff. (143), die in den Vordergrund den Individualrechtsschutz stellen. Die Richtigkeit dieser Meinung ergibt sich jedoch nicht aus dem — hier behandelten — Verhältnis der Staatsgewalten zueinander, sondern aus der Grundanschauung über die Beziehungen zwischen Staat und Individuum; von dieser Basis aus ist die Kontrolle der Zweiten durch die Dritte Gewalt nur Mittel.

20) Hieraus folgt auch, daß Art. 19 Abs. 4 GG keine Änderung des Bindungsumfanges in anderen Verfahren mit sich gebracht hat; im Ergebnis ebenso *Boehmer*, a. a. O. Bd. 1 S. 254.

gerichte besteht daher kein Bedürfnis²¹⁾. Es sind in einem Zivilprozeß nur solche präjudiziellen VAe als nichtig anzusehen, die herkömmlicherweise in den Katalog der Nichtigkeitsgründe gehören, wobei auf die einzelnen Streitfragen einzugehen hier nicht der Ort ist.

Wer es also unterläßt, gegen einen rechtswidrigen VA rechtzeitig Klage im Verwaltungsprozeß zu erheben, muß es in Kauf nehmen, daß der VA nunmehr von den Gerichten als wirksam angesehen wird, falls nicht ein anerkannter Nichtigkeitsgrund vorliegt. Mehr als die Möglichkeit des Rechtsschutzes kann der Bürger nicht verlangen; wenn er sie nicht ausnützt, so treffen ihn die Nachteile zu Recht. Auch wer die Rechtmäßigkeit als oberstes Leitziel alles staatlichen Handelns anerkennt, muß zugeben, daß es im Interesse auch jedes Einzelnen liegt, daß Rechtsklarheit, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden erhalten bleiben.

5. Ergibt sich somit aus der Tatsache, daß jeder VA vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden kann, die Folgerung, daß für eine Ausweitung der Nichtigkeitsgründe kein Anlaß ist, so stellt sich gleichzeitig die Frage, ob nunmehr überhaupt noch die Kategorie des nichtigen VAes mit dem jetzt vorhandenen System des totalen Rechtsschutzes und den daraus resultierenden neuartigen Beziehungen zwischen Rechtsprechung und Verwaltung vereinbar ist²²⁾. Die Verwaltungsgerichte werden im allgemeinen bei einer Anfechtungsklage keinen Unterschied zwischen einem nichtigen und einem sonst fehlerhaften VA machen, sondern jeden

21) Daher ist auch die insbesondere von *Bettermann*, MDR 1949 S. 394 ff. (vgl. auch DV 1948 S. 119 f.), *Kleinrahm*, DV 1949 S. 365 ff., und *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. S. 712, verfochtene Lehre von der „Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund“ abzulehnen. Abgesehen davon, daß eine Grenzziehung zwischen Gesetzlosigkeit und bloßer (?) Gesetzeswidrigkeit — wenn überhaupt — nur nach ganz äußerlichen Merkmalen möglich wäre, die eine Abstufung nach der Schwere des Fehlers vermissen ließe, bedarf es bei dem jetzt vorhandenen Rechtsschutz überhaupt keiner neuen Nichtigkeitsgründe. — Die herrschende Lehre lehnt daher mit Recht ab, einen „gesetzlosen“ VA als nichtig anzusehen, und auch das BVerwG hat sich dagegen ausgesprochen, BVerwGE 1, 67. — (Unklar *Stein-Jonas*, II C 1, vor § 1 zu N. 80 a: mangelnde Rechtsgrundlage bewirkt Nichtigkeit.) — In diesem Zusammenhang muß auch die kraß positivistische Anschauung der Wiener Schule zurückgewiesen werden, wonach — soweit gesetzlich nicht anders bestimmt — jeder fehlerhafte Staatsakt ein Nichtstaatsakt sei (vgl. vor allem *Kelsen*, GrünhZ Bd. 40 S. 1 ff.). Einmal geht unsere Rechtsordnung zweifelsfrei von dem Unterschied zwischen aufhebbarem (im Sinne von fehlerhaft, aber nicht nichtig) und nichtigem VA aus (vgl. z. B. § 75 Abs. 1 MRVO 165), zum anderen ist überhaupt die Grundlage der *Kelsenschen* Lehre falsch; denn die Identität von Staat und Recht ist kein Axiom, sondern, wie die Erfahrung lehrt, leider nur ein Postulat.

22) Vgl. hierzu und zum Folgenden *Ule*, 10. Beiheft zur DRZ, S. 15.

rechtswidrigen Akt aufheben²³⁾. Das Aufhebungsurteil ist in seiner Wirkung auch in beiden Fällen völlig gleich; denn immer wirkt es ex tunc²⁴⁾. Jeder fehlerhafte Akt, der nicht überhaupt nichtig ist, trägt also die Nichtigkeit bereits in sich, er ist aufschiebend bedingt nichtig²⁵⁾. Der Eintritt der Bedingung ist mit dem Aufhebungsurteil (oder mit der Aufhebung durch die Behörde) gegeben, während der nichtige Akt unbedingt unwirksam ist. Der Verwaltungsrichter braucht sich mit der Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und sonstiger Rechtswidrigkeit im allgemeinen nicht zu befassen, daher wird die Lehre vom nichtigen VA von dieser Seite auch kaum eine Beleuchtung erfahren. Bedeutsam ist sie aber für die sonstigen Gerichte, für die die Wirksamkeit eines VAes als Vorfrage eine Rolle spielt.

Ein zwingender logischer Grund für die Beibehaltung der Nichtigkeitskategorie besteht nicht; denn notwendigerweise muß nur zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen (fehlerhaften) Akten unterschieden werden. Es ist auch durchaus denkbar, daß jeder Staatsakt bis zur Aufhebung durch ein Gericht als wirksam angesehen werden muß.

Allerdings kann man entweder die bisherige Einteilung in nichtige und sonstige fehlerhafte VAe anerkennen, oder man schließt die Gruppe der nichtigen Akte ganz aus. Auf keinen Fall kann jedoch der Ansicht beigespflichtet werden, die die überkommene Zweiteilung beibehalten, dabei aber den Zivilgerichten das Recht nehmen will, die Nichtigkeit eines VAes inzident festzustellen²⁶⁾. Denn wenn jedermann einen nichtigen Akt nicht zu beachten braucht, dann kann vom Gericht nicht verlangt werden, daß es ihn als wirksam ansieht²⁷⁾.

Für den Wegfall der Kategorie des unmittelbar nichtigen VAes könnte sprechen, daß die Rechtssicherheit größer wäre und der Rechtsfrieden besser geschützt, wenn nach Ablauf bestimmter Fristen jeder VA endgültig wirksam würde. Jedoch sprechen überwiegende Gegen Gründe für die Beibehaltung des bisherigen Rechts-

23) Vom naturwissenschaftlich-logischen Standpunkt aus ist die „Aufhebung“ eines „juristischen Nichts“ freilich ein Unding; die in der Rechtswissenschaft geltenden Denkgesetze stehen dem jedoch nicht entgegen. — Die MRVO 165, § 75 Abs. 1 macht zwar in der Formulierung einen Unterschied zwischen Aufhebung und Erklärung der Nichtigkeit, das VGG, § 79 Abs. 1 kennt diese Unterscheidung nicht; sie ist auch nur formeller Art. — Auf den Streit, ob auch die Feststellungsklage bei nichtigen VAen zulässig ist (oder sogar nur), braucht hier nicht eingegangen zu werden; vgl. dazu *Lerche*, DÖV 1954 S. 712 ff.

24) Vgl. *Bachof*, Vornahmeklage, S. 113.

25) Dazu, daß durch Ablauf der Anfechtungsfrist eine Heilung nicht eintritt, vgl. oben S. 21.

26) So *Bosch*, Referat auf der Zivilprozessualistentagung 1952.

27) *Bachof*, ZZP Bd. 65 S. 23; *Klein*, Untersuchungen, S. 12.

zustandes. Nichtig ist, wie eine Durchsicht der von der herrschenden Meinung anerkannten Nichtigkeitsgründe ergibt, ein VA nur dann, wenn er an einem ganz besonders schweren Mangel leidet²⁸⁾. Diese Fälle sind selten, so daß die normale Staatstätigkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird²⁹⁾. Auch sind die Fehlergründe, die zur Nichtigkeit führen, so beschaffen, daß die Rechtswidrigkeit ohne weiteres auch für die erlassende Behörde erkennbar ist; eine Lähmung der Staatstätigkeit kann hier also nicht eintreten. In solchen Fällen kann weder der Staat noch der Bürger ein Interesse daran haben, daß Akte durch Fristversäumnis unbedingt wirksam werden, die in einem ganz außergewöhnlichen und im geordneten Verwaltungsablauf auch sehr seltenen Maße mangelhaft sind. Es würde auch in vielen Fällen eine Zumutung für den Bürger bedeuten, wenn er einen ganz grob und evident unrechtmäßigen Akt erst noch anfechten müßte.

Es ist zur Aufrechterhaltung der Friedensordnung im Staat notwendig, im allgemeinen den Bürger zu zwingen, gegen rechtswidrige Akte Klage zu erheben, sofern er nicht den Rechtsnachteil erleiden will, daß ein fehlerhafter Akt für ihn endgültig verbindlich wird. Vom Standpunkt des Bürgers aus ist das gewiß keine Ideallösung. Da aber das Recht sowohl der Gerechtigkeit als auch der Ordnung zu dienen hat, ist der Zwang zur Klageerhebung im Hinblick auf eine Annäherung der beiden Rechtsfunktionen als praktisch ideal zu bezeichnen. Wie dargelegt, besteht hinsichtlich der Kategorie des nichtigen VAes keine Gefahr, daß die unmittelbare Unwirksamkeit eine Störung der staatlichen Ordnung bewirken könnte. Auch aus diesem Grund ist die herkömmliche Unterscheidung zwischen nichtigen und sonstigen fehlerhaften VAen beizubehalten.

6. Die Kontrolle der Verwaltung ist den Verwaltungsgerichten zugewiesen worden. Aus dieser Aufgabenverteilung innerhalb der Dritten Gewalt gewinnen wir die Erkenntnis, daß alle gestaltenden VAe — mit Ausnahme der nichtigen — für den Zivilrichter verbindlich sind.

Der Gestaltungsakt ist das typische Mittel der Verwaltung. Es ist die durch die Staats- und Rechtsordnung der Exekutive über-

28) Dabei ist m. E., ohne daß dies hier näher begründet werden kann, die von der h. M. geforderte Evidenz des Mangels nur ein Indiz für die Schwere des Fehlers, wobei Offensichtlichkeit im Anschluß an *Bachof*, DÖV 1951 S. 276, hier so verstanden wird, daß der Fehler so beschaffen sein muß, daß die Rechtswidrigkeit für jedermann ohne weiteres erkennbar ist, der die Umstände des Einzelfalles kennt.

29) Das Problem des nichtigen VAes ist nicht nur ein qualitatives, sondern auch ein quantitatives. Auch dieser Gesichtspunkt läßt es verständlich erscheinen, daß die seltene Rechtswidrigkeit von Normen unmittelbar Nichtigkeit bewirkt. — Vgl. auch oben N. 13.

tragene Aufgabe, ordnend und regelnd in den Rechtskreis des Bürgers einzugreifen. Eine Kontrolle dieser Tätigkeit ist in ausreichendem Maße durch die Möglichkeit der Anrufung der Verwaltungsgerichte gesichert. Ebenso wie der Zivilrichter nicht berufen ist, durch Ausweitung der Nichtigkeitsgründe in die Kontrollfunktion der Verwaltungsgerichte einzugreifen, kommt es ihm auch nicht zu, Auswirkungen des gestaltenden VAes auf den bürgerlich-rechtlichen Sektor zu leugnen, wenn der VA im Einzelfall auf einer falschen Rechtsanwendung beruht³⁰⁾. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines gestaltenden VAes ist allein Sache der Verwaltungsgerichte; ein solcher Akt ist in der Form, in der er von der Behörde gewollt und erlassen wurde, für den Zivilrichter verbindlich.

* Dieses Ergebnis beeinträchtigt nicht unsere oben³¹⁾ dargelegte Ablehnung der Bindung an feststellende VAe. Hier zeigt sich vielmehr der Unterschied zwischen Rechtsfeststellung und Rechtsgestaltung. Der Gestaltungsakt verändert die Rechtslage. Für uns war die Frage zu entscheiden, ob der Zivilrichter diese Gestaltung auch in seinem Bereich als wirksam anzuerkennen habe. Aus der Bejahung dieser Frage folgt die Verpflichtung, die neu geschaffene Rechtslage zur Grundlage der eigenen Entscheidung zu machen.

Aus der Wirksamkeit eines feststellenden VAes folgt aber nicht die Pflicht zur Übernahme der von der Verwaltungsbehörde geäußerten Rechtsfeststellung. Hier geht es nicht um die Anerkennung einer Veränderung der Rechtslage, sondern um die Übernahme einer Meinung über die unveränderte Rechtslage. Rechtsansichten sind aber nur dann verbindlich, wenn sie als materiell rechtskräftige Feststellungen erfolgen.

Teil II

Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten

15. Kapitel

1. Nach der Untersuchung der Bindung an VAe bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten wenden wir uns nun den öffentlich-rechtlichen Streitsachen mit Ausnahme der Amtshaftungsklagen zu.

In diesem Zusammenhang ist zunächst eine Gruppe von Rechtsstreitigkeiten zu betrachten, die systematisch eigentlich nicht hierher gehören, jedoch durchweg an dieser Stelle behandelt werden.

30) Dies gegen das auf S. 105 besprochene Urteil BGHZ 13, 17.

31) S. 115.

Gemeint sind die Fälle, in denen ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch erst dann vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden kann, wenn vorher eine Verwaltungsbehörde eine Entscheidung getroffen hat bzw. erfolglos angerufen wurde.

Soweit hier die Zulässigkeit des Rechtswegs davon abhängig ist, daß vor Klageerhebung die Behörde um Abhilfe ersucht wurde und sie keinen oder einen abschlägigen Bescheid erteilte¹⁾, wird die zivilrechtliche Natur des Anspruches offensichtlich nicht geändert. Das Verfahren wird dann ohne Rücksicht auf den VA durchgeführt; eine Bindung tritt selbstverständlich nicht ein.

Nicht so eindeutig sind diejenigen Fälle, bei denen die Verwaltungsbehörde vorerst über den gesamten Rechtsstreit entscheidet und „gegen“ diesen Bescheid dann geklagt werden muß²⁾. Hier spricht die Verwaltungsbehörde also in einer bürgerlich-rechtlichen Streitigkeit Recht, und wir sind vor die Frage gestellt, ob solche administrativen Vorbescheide im Hinblick auf Art. 92 GG³⁾ überhaupt noch zulässig sind⁴⁾. Jedoch sind Bedenken gegen die Beibehaltung dieser Verfahren nicht begründet; denn die Beteiligten

1) So bei Ansprüchen gegen den Fiskus nach dem bayerischen Ausführungsgesetz zur ZPO und KO in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. 6. 1899 (GVBl. S. 401), Art. 2.

2) Vgl. § 75 Satz 3 Gewerbeordnung; §§ 36 ff. Strandungsordnung v. 17. 5. 1874 (RGBl. S. 73); §§ 57, 62, 78, 129 f. der Seemannsordnung v. 2. Juni 1902 (RGBl. S. 175); § 23 Abs. 2 Fürsorgepflichtverordnung v. 13. 2. 1924; § 35 Bundesjagdgesetz v. 29. 11. 1952 in Verbindung mit den landesrechtlichen Regelungen (Bayern: Gesetz über das Verfahren in Wild- und Jagdschadenssachen v. 12. 8. 1953 (GVBl. S. 143), Art. 7; Hessen: Ausführungsgesetz v. 24. 3. 1953 (GVBl. S. 27), §§ 30 ff.; Niedersachsen: Art. 18 des Landesjagdgesetzes v. 31. 3. 1953 (GVBl. S. 23) i. Vbdg. mit der VO über das Verfahren in Wild- und Jagdschadenssachen v. 4. 8. 1953 (GVBl. S. 67); Nordrhein-Westfalen: 2. DVO zum Landesjagdgesetz v. 29. 4. 1953 (GVBl. S. 265); §§ 2 ff.; Baden-Württemberg: 1. DVO z. Landesjagdgesetz v. 25. 3. 1954 (GVBl. S. 44), §§ 14 ff.; Schleswig-Holstein: VO über das Verfahren in Wild- und Jagdschadenssachen v. 22. 6. 1954 (GVBl. S. 105). Bemerkenswert ist die bayerische und baden-württembergische Regelung, die eine Klage „gegen den Vorbescheid“ kennen, vgl. dazu unten N. 6.

Vgl. ferner §§ 8, 13 des Erstattungsgesetzes v. 18. 4. 1937 (RGBl. I S. 461). Zu der Frage, ob z. Zt. noch die Zivil- oder die Verwaltungsgerichte zuständig sind, soll hier nicht Stellung genommen werden, zumal sie möglicherweise in den einzelnen Bundesländern verschieden zu beantworten ist (vgl. hierzu BayVGh, Bay. Verwaltungsblätter 1955 S. 182). Der BGH hält uneingeschränkt die Zivilgerichte für zuständig, NJW 1955 S. 1477; nach Meinung des HessVGh ist § 13 ErstG in Hessen nicht mehr in Kraft, NJW 1955 S. 1775.

3) Vgl. dazu oben S. 89.

4) Verfassungswidrigkeit der Zuweisung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden — was § 13 GVG gestattete — nehmen an Dernerde, ZJBBrZ 1949 S. 102; Strauß, SJZ 1949 Sp. 523 ff.; Ule, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 15, N. 14; DRiZ 1950 S. 226; Baumbach-Lauterbach, a. a. O. Anm. 3 zu § 13; Menger, System, S. 48, N. 11. — Ob diese Autoren damit auch die hier behandelten administrativen Vor-

sind nicht schlechter gestellt als ohne Vorbescheid; sie werden im Gegenteil häufig Kosten sparen. Eine Benachteiligung tritt auch nicht dadurch ein, daß teilweise die Klage „gegen“ den Bescheid zu richten ist. Tatsächlich wird nämlich gar nicht gegen den VA geklagt. Vielmehr wird mit Erhebung der Klage die Entscheidung der Behörde entweder überhaupt bedeutungslos⁵⁾, oder es wird zumindest der Rechtsstreit praktisch so geführt, als ob eine Entscheidung nicht ergangen wäre⁶⁾. Die Klage ist daher im allgemeinen auch nicht gegen den Staat zu richten⁷⁾, sondern es stehen sich im Prozeß die beiden in der Sache selbst Legitimierten gegenüber. Im Streit ist daher nicht der VA⁸⁾⁹⁾, und es ist nicht dessen Rechtmäßigkeit nachzuprüfen¹⁰⁾; Streitgegenstand ist vielmehr der bürgerlich-rechtliche Anspruch, über den der administrative

verfahren als unzulässig ansehen wollten, ist nicht klar; gemeint ist aber wohl nur eine endgültige Zuweisung an Verwaltungsbehörden (vgl. dazu auch hier unten N. 13 a. E.). *Baumbach-Lauterbach* (Anm. 4 zu § 13 GVG) erachtet jedenfalls das Verfahren nach §§ 36 ff. der Strandungsordnung für zulässig (auch gegen das Verfahren nach der Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung erhebt er keine Bedenken, vgl. dazu aber hier unten N. 13). — Nicht für zulässig dürfte *Bettermann* diese Vorbescheide halten, da er alle rechtsprechende Tätigkeit von Verwaltungsbehörden — und hierzu gehören nach seiner Auffassung alle hier behandelten Fälle — als grundgesetzwidrig bezeichnet; vgl. *Jellinek-Gedächtnisschrift* S. 362, 374, 383.

5) So ausdrücklich § 39 Abs. 3 Strandungsordnung; ebenso für § 75 Gewerbeordnung *Landmann-Rohmer*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 10. Auflage, neubearbeitet von *Epermann* und *Fröhler*, München 1952, Anm. 3 zu § 75. Auch im Falle des § 12 BJagdG wird der Beanstandungsbescheid der Verwaltungsbehörde gegen den Jagdpachtvertrag dann gegenstandslos, wenn rechtzeitig Antrag auf gerichtliche Entscheidung durch das Amtsgericht gestellt wird.

6) Die bayerischen und baden-württembergischen Bestimmungen über das Verfahren in Wild- und Jagdschadenssachen lassen zwar (vgl. oben N. 2) den Vorbescheid bestehen, und die Klage geht dann nur auf den Mehrbetrag bzw. auf Abänderung oder Aufhebung des Bescheids. Dies schafft für die Beteiligten Klarheit, die Natur des Rechtsstreits ändert sich dadurch nicht. Das zeigt sich schon daran, daß die Klage „gegen den Vorbescheid“ „vom Ersatzpflichtigen gegen den Ersatzberechtigten“ bzw. umgekehrt zu richten ist. Nichts anderes kann im Fall des § 23 Abs. 2 FürsorgepflichtVO und im Erstattungsverfahren gelten, obwohl hier die Behörde in eigener Sache entscheidet und im Prozeß die Körperschaft (der Staat) Partei ist. Denn der Streit geht nicht um die Rechtmäßigkeit der Feststellung, sondern um die Ersatzpflicht des Unterhaltspflichtigen bzw. um seine Erstattungspflicht selbst.

7) Mit Ausnahme des Falles § 23 Abs. 2 FürsorgepflichtVO und des Erstattungsverfahrens, vgl. N. 6.

8) So aber wohl *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 381, N. 19.

9) Anders im Verwaltungsprozeß, vgl. dazu oben S. 43 N. 13.

10) So aber *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 381.

Vorbescheid erging^{11) 12) 13)}. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß in einigen Fällen der Vorbescheid aufgehoben wird. Dies geschieht zur Klarstellung; die eigentliche (materiell rechtskräftige!) Entscheidung ergeht über den zugrunde liegenden bürgerlich-rechtlichen Anspruch. Die Zivilgerichte üben daher in diesen Fällen „eigenste Gerichtsbarkeit“¹⁴⁾ aus, und es handelt sich nicht um Zuweisungsstreitigkeiten¹⁵⁾.

Da die Gerichte die Sache selbst ohne Rücksicht auf den administrativen Vorbescheid zu beurteilen haben, entfällt naturgemäß schon deshalb eine Bindung an diesen VA.

11) Daher kann man hier nicht von „Direktkontrolle“ sprechen, so aber *Bosch* in seinem Referat, a. a. O.

12) Bei der Überprüfung des Erstattungsbeschlusses ist daher — soweit das Zivilgericht zuständig ist — nicht zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Erstattungsbeschlusses gegeben waren, sondern es ist endgültig zu prüfen, ob eine Schadensersatzverpflichtung des Beamten überhaupt vorliegt (§ 8 Abs. 5 ErstG; RG in st.Rspr. RGZ 149, 283; 146, 201 mit Nachweisen, RAG, Amtl. Sammlg. 25, 222, ebenso jetzt auch BGH, NJW 1955 S. 1476). Da durch die Umkehrung der Parteirollen die Stellung des Beamten durch das Erstattungsverfahren verschlechtert wird, so fragt es sich, ob er vor den Verwaltungsgerichten einen Erstattungsbeschluß anfechten kann, weil der betreffende Anspruch nicht im Erstattungsverfahren hätte geltend gemacht werden dürfen (bejaht vom LVG Hamburg, MDR 1950 S. 631, m. abl. Anm. von *Hans J. Wolff*, der für eine einheitliche Behandlung aller Klagegründe eintritt). Ob Art. 19 Abs. 4 GG oder die Generalklauseln eine solche Klagemöglichkeit garantieren, erscheint mir zweifelhaft. Eine große praktische Bedeutung hätte eine verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit im angegebenen Umfang kaum, zumal nicht angenommen werden kann, daß die Behörden den Rahmen des Ersatzgesetzes mutwillig überschreiten werden.

13) Bedenken aus Art. 92 GG müssen aber in den Fällen erhoben werden, wo nicht der ursprüngliche Anspruch im Streit ist, sondern der VA im Anfechtungsverfahren durch die Verwaltungsgerichte nachgeprüft wird, wie nach § 4 der Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung vom 31. 7. 1919 (RGBl. S. 1371). *Bachof*, ZZP 65. Bd. S. 9, will auch das noch für zulässig halten; das würde in aller Konsequenz aber bedeuten, daß jeder Zivilprozeß erst durch eine Verwaltungsbehörde entschieden werden dürfte und eine gerichtliche Entscheidung dann bei den Verwaltungsgerichten läge. Diese sind in ihrer Überprüfung aber insofern beschränkt, als sie den Ermessensspielraum der Behörde zu achten haben; das kann sich z. B. bei Schadensersatzansprüchen auswirken. Art. 92 GG verlangt m.E., daß der Rechtsstreit (bzw. die Strafsache) selbst durch den Richter entschieden wird; die Überprüfung einer behördlichen Entscheidung reicht nicht aus. — Es ist anzunehmen, daß die oben in N. 4 genannten Autoren eine Überprüfung des VAes durch Verwaltungsgerichte, statt einer eigenen Sachentscheidung des Zivilgerichts, für nicht ausreichend halten, zumal sie die Unzulässigkeit der Zuweisung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten an Verwaltungsbehörden nicht mit Art. 19 Abs. 4 GG, sondern mit Art. 92 GG begründen.

14) *Fleiner*, a. a. O. S. 288.

15) a. M. *Bachhof*, SJZ 1949 Sp. 381, N. 19.

2. In einigen Fällen entscheiden die Zivilgerichte jedoch zur Hauptsache über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten. Seit *Lassar*¹⁶⁾ unterscheidet man dabei zwischen den „Zivilprozeßsachen kraft Zuweisung“ und den „Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung“. Inwieweit im Hinblick auf den umfassenden Rechtsschutz im öffentlichen Recht die zweite Gruppe noch Daseinsberechtigung hat, soll nicht nachgeprüft werden¹⁷⁾, zumal die künftige Verwaltungsgerichtsordnung eine neue Regelung der Zuweisungssachen bringen wird, die die Gruppe der Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung ganz beseitigen dürfte. Bis dahin muß aber praktisch davon ausgegangen werden, daß die Rechtsprechung fast durchweg der vom Reichsgericht begründeten¹⁸⁾ Auslegung des § 13 GVG folgt, die auf die Abgrenzung zwischen privatem und öffentlichem Recht abstellt, wie sie zur Zeit des Erlasses des GVG üblich war¹⁹⁾. Wir werden im folgenden diese „Überlieferungsstreitigkeiten“ jedoch aus dem näheren Kreis der Untersuchung ausscheiden dürfen, da sie ganz den Regeln zu folgen haben, die für die Zuweisungsstreitigkeiten gelten²⁰⁾.

3. Die theoretisch wichtigste, praktisch aber zur Zeit bedeutungsloseste Zuweisungssache ist die subsidiäre²¹⁾ Zuständigkeit der Zivilgerichte²²⁾ nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG²³⁾. Sie tritt dann ein, wenn „jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt“ wird, ein anderes Gericht — vornehmlich kommen die allgemeinen Verwaltungsgerichte in Betracht — jedoch nicht zuständig ist. Dabei ist mit der h. M. davon auszugehen, daß durch Art. 19 Abs. 4 GG nur obrigkeitliche Maßnahmen von Ver-

16) Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921, S. 73 u. 81.

17) Vgl. hierzu die zusammenfassende Darstellung des status controversiae bei *Klein*, Untersuchungen S. 36 ff.

18) Vgl. RGZ 92, 310 ff.; st. Rspr.

19) Der BGH hält an der reichsgerichtlichen Rechtsprechung ohne Einschränkung fest, vgl. BGHZ 1, 369; 3, 162; aber auch das LVG Hamburg, MDR 1949 S. 312 hat sich für sie ausgesprochen. — Anders OVG Lüneburg, OVG 8, 421.

20) Manchmal spricht man auch von einer gewohnheitsrechtlichen Zuweisung (der Zivilprozeßsachen kraft Überlieferung) an die Zivilgerichte, so BGHZ 1, 369. Krit. hierzu *Bachof*, ZZP 65. Bd. S. 17.

21) So die h. M. Anderer Ansicht nur *Bettermann*, MDR 1949 S. 398. Vgl. dazu oben S. 126.

22) Das Grundgesetz spricht zwar vom ordentlichen Rechtsweg, darunter sind aber im allgemeinen die Zivilgerichte zu verstehen. Der BGH, BGHZ 5, 46 ff., hat daher auch nur in „entsprechender Anwendung“ des Art. 19 Abs. 4 GG für das damals noch gesetzlich unregelte Verfahren nach Art. 104 Abs. 2 GG den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit für zuständig erachtet.

23) Ob die Gerichte allerdings im Verfahren nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG die Vorschriften der ZPO — oder analog diejenigen der Verwaltungsgerichtsgesetze oder des FGG — anwenden werden, ist noch offen.

waltungsbehörden der gerichtlichen Kontrolle unterstellt sind²⁴⁾. Das bedeutet allerdings, daß nicht nur die Klage gegen solche Maßnahmen, sondern auch der Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung gegeben ist²⁵⁾.

Da im Bundesgebiet jetzt durchweg die verwaltungsgerichtliche Generalklausel besteht, sind Fälle, in denen die subsidiäre Zuständigkeit der Zivilgerichte einzutreten hätte, schwer denkbar²⁶⁾. Das OLG Köln hat allerdings in dem viel beachteten Urteil vom 19. 11. 1951²⁷⁾ für eine einstweilige Verfügung, die einem Ministerium die Verbreitung einer politischen Druckschrift verbieten sollte, weil der Antragsteller behauptete, durch sie in seiner Ehre verletzt zu sein, seine Zuständigkeit auf Grund des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG²⁸⁾ angenommen. Diese Entscheidung hat aber durchweg eine ablehnende Beurteilung erfahren²⁹⁾, wobei zu Recht darauf hingewiesen wurde, daß das Oberlandesgericht die im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten gegebenen Möglichkeiten offenbar verkannt habe.

24) Vgl. *Friesenhahn*, DV 1949 S. 482; *Klein*, VVDStL Heft 8, S. 107. Ebenso *Lerche*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 91, der allerdings de lege ferenda eine Erweiterung auf den Privatrechtsbereich befürwortet. — Vgl. ferner Bundesfinanzhof, Amtl. Sammlg. 58, 664; Gerichtliche Entscheidungen fallen nicht unter den Begriff öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG.

25) *Friesenhahn*, a. a. O.; *Bachof*, Vornahmeklage, S. 16.

26) Abgesehen von öffentlich-rechtlichen Akten der Amtsstellen der Religionsgesellschaften in der britischen Zone, da diese durch § 25 Abs. 2 MRVO 165 von der Generalklausel ausgenommen sind.

Das BVerwG schließt, im Gegensatz zur h. M., alle Akte der Kirchenbehörden (auch in Kirchensteuersachen) von der gerichtlichen Nachprüfung aus; sogar Art. 19 Abs. 4 GG soll wegen der besatzungsrechtlichen Vorschrift der MRVO 165 insoweit unwirksam sein (NJW 1955 S. 725 m. abl. Anm. von *Werner Weber* = DVBl 1955 S. 323 m. abl. Anm. von *Tietgen*; ablehnend auch *Menger*, MDR 1955 S. 512 ff.) — Vgl. auch OVG Lüneburg, OVGE 8, 421.

Soweit die Generalklausel noch nicht überall galt, mußte vorübergehend nach Inkrafttreten des GG allerdings die subsidiäre Zuständigkeit der Zivilgerichte eintreten, so z. B. in Württemberg-Hohenzollern, wo in Wohnungssachen früher der Verwaltungsrechtsweg verschlossen war, vgl. den Beschluß des OLG Tübingen v. 16. 6. 1950, DRZ 1950 S. 453.

27) MDR 1952 S. 173 = JZ 1952 S. 221 = DÖV 1952 S. 284 = DVBl 1952 S. 309.

28) Allerdings in nicht immer eindeutiger gleichzeitiger Bezugnahme auf Art. 34 GG.

29) Vgl. die Besprechungen von *Sievekling*, MDR, a. a. O.; *Walz* JZ, a. a. O.; *Karl Heinz Klein*, DÖV, a. a. O. und *Bettermann*, DVBl. a. a. O.

30) Die vielfache Heranziehung in Rechtsprechung und Schrifttum von Art. 19 Abs. 4 GG zur Erweiterung der eigenen Zuständigkeit bleibt hier naturgemäß außer Betracht, da nur die direkte Anwendung des 2. Satzes dieser Verfassungsbestimmung hier von Bedeutung ist.

Soweit die Zivilgerichte nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG zuständig sind³⁰⁾, üben sie materielle Verwaltungsgerichtsbarkeit aus³¹⁾. Sie haben daher die gleichen Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse wie die Verwaltungsgerichte. Eine Bindung an den VA, über dessen Rechtmäßigkeit hier als Hauptfrage entschieden wird, besteht daher zweifellos nicht.

Es fragt sich aber, inwieweit sie an präjudizielle VAe gebunden sind. Dies ist davon abhängig, ob der betreffende VA durch ein Verwaltungsgericht hätte nachgeprüft werden können oder nicht. War diese Möglichkeit nicht gegeben, dann würde auch diesem VA gegenüber die subsidiäre zivilgerichtliche Zuständigkeit nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG eingreifen. Da für das Verfahren nach dieser Bestimmung keine Klagefristen vorgesehen sind, so könnte der präjudizielle VA an und für sich auch noch selbständig vor einem Zivilgericht „angefochten“ werden. Es bestehen aber keine grundsätzlichen Bedenken, den präjudiziellen VA auch in dem ursprünglichen Verfahren zu überprüfen, ohne daß dieser Akt dann irgendwelche bindende Wirkungen äußern könnte.

Es ist aber auch denkbar, daß Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß nur gerade hinsichtlich desjenigen VAes nicht gegeben ist, dessen Rechtmäßigkeit als Hauptfrage durch das Zivilgericht beurteilt werden soll, während ein präjudizieller VA vor einem Verwaltungsgericht hätte angefochten werden können. In einem solchem Fall besteht kein Grund, dem Zivilrichter mehr Befugnisse einzuräumen, als er sie sonst hat; denn der nach Art. 19 Abs. 4 GG geforderte Rechtsschutz war gewährt, die Folgen, die sich an eine Versäumung dieser Möglichkeit knüpfen, muß der Kläger in einem Verfahren nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG genauso tragen wie in einem sonstigen Zivilprozeß.

4. Ferner sind den Zivilgerichten eine Reihe meist vermögensrechtlicher Ansprüche des öffentlichen Rechts zugewiesen worden. So steht z. B. der Zivilrechtsweg offen in den meisten Ländern für die Gehaltsansprüche der Beamten³²⁾, gem. Art. 14 Abs. 3 GG für

31) So die einhellige Meinung, vgl. *Ule*, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 31, DRiZ 1950 S. 228; v. *Mangoldt*, a. a. O., Anm. 6 zu Art. 19; *Stein-Jonas*, a. a. O. II B 1 b vor § 1.

32) Anders für Bundesbeamte, hier entscheiden gem. § 172 Bundesbeamten-gesetz die Verwaltungsgerichte.

In Hessen waren für Klagen nichtrichterlicher Beamter die Arbeitsgerichte für zuständig erklärt worden (vgl. dazu *Ule*, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin 1951 S. 23 f.); der BGH, BGHZ 9, 322, hat angenommen, daß dies mit Art. 33 Abs. 5 GG unvereinbar sei, und die Zivilgerichte für zuständig erachtet. Zu der Frage, ob diese Annahme berechtigt ist, kann hier nicht Stellung genommen werden; in der Praxis dürfte die Zuständigkeit der Zivilgerichte bei Gehaltsklagen hessischer Beamter nach dieser BGH-Entscheidung wohl anerkannt sein.

Vgl. zu den einzelnen landesrechtlichen Regelungen *Ule*, a. a. O.

den Streit um die Höhe der Enteignungsentschädigung, für Entschädigungsansprüche bei Untersagung der Benutzung einer gewerblichen Anlage³³⁾, gegen die zwangsweise Beitreibung von Postforderungen³⁴⁾, für Ersatzansprüche aus dem Telegraphenwegegesetz³⁵⁾, für Ersatzansprüche gem. § 25 c der Fürsorgepflichtverordnung³⁶⁾, für die Feststellung der Pflicht zur Zahlung von Gebühren für die Benutzung von Fernmeldeanlagen³⁷⁾.

Diese Ansprüche wurden nach der Fiskustheorie früher als bürgerlich-rechtliche angesehen, und damit hängt auch ihre Verweisung auf den Zivilrechtsweg zusammen. Nach der jetzt herrschenden Meinung ist jedoch aus dem „Zusammenhang der Einheitlichkeit“³⁸⁾ auch die vermögensrechtliche Ausstrahlung eines öffentlich-rechtlichen Grundverhältnisses als öffentlich-rechtlich zu betrachten³⁹⁾.

Gelegentlich sind den Zivilgerichten aber auch andere öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zugewiesen worden, so z. B. die Frage, ob eine Gewerbeberechtigung zu den aufgehobenen oder für ablösbar erklärten gehört⁴⁰⁾.

Besondere Erwähnung verdient schließlich das Verfahren nach dem Baulandbeschaffungsgesetz⁴¹⁾. Hier entscheiden die Zivilgerichte nicht nur über die Höhe der Enteignungsentschädigung, sondern auch über VAe der Enteignungsbehörden⁴²⁾. Das Verfahren ist in wesentlichen Punkten dem Verwaltungsprozeß ange-

33) § 51 Gewerbeordnung. Auch ohne diese Vorschrift dürfte der ZRW schon auf Grund des Art. 14 Abs. 3 GG gegeben sein.

34) § 25 Abs. 3 des Postgesetzes vom 28. 10. 1871 (RGBl S. 347).

35) Vom 18. 12. 1899 (RGBl S. 705), § 13 Abs. 3 u. 4.

36) § 25 c i. d. Fassg d. VO v. 5. 6. 1931 (RGBl. I S. 279, 307).

37) § 9 Abs. 1 des Fernmeldeanlagengesetzes vom 14. 1. 1928 (RGBl I S. 8).

38) *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 50.

39) *Bötticher*, ZZP 65. Bd. S. 44 ff. und DRiZ 1952 S. 4 ff., hat dieser „genetischen“ Betrachtungsweise eine „finale“ entgegengestellt. Es sei nicht entscheidend, ob sich der Schadensersatzanspruch aus einem privaten oder einem öffentlichen Rechtsverhältnis entwickelt habe. Wenn der Kläger nur die „Konsequenz aus einer abgeschlossenen verwaltungsrechtlichen Situation“ ziehe, dann mache er seine bürgerlich-rechtliche Schadensrechnung „nunmehr gegen den Fiskus wie gegen jeden anderen Privatmann auf“. *Bötticher* begründet seine Ansicht weiter mit dem Hinweis auf den Unterschied zwischen *justitia distributiva* und *commutativa*, wobei letztere von den Zivilgerichten gehandhabt werden müsse. — Soweit ersichtlich haben *Böttichers* Thesen keine Zustimmung erfahren, und im allgemeinen wird man der Kritik *Bachofs*, ZZP Bd. 65 S. 35 f., beipflichten müssen. Doch kann dies hier dahingestellt bleiben, da die von uns im Ergebnis vertretene Meinung hinsichtlich der Bindung an präjudizielle VAe keinen Unterschied zwischen bürgerlichen und öffentlichen Rechtsstreitigkeiten macht.

40) § 9 Gewerbeordnung.

41) vom 3. August 1953 (BGBl I S. 720). — Zur Gültigkeit dieser Regelung vgl. oben S. 17.

42) §§ 32 ff. Ges.

nähert. Zwar gilt gem. § 36 Abs. 1 im allgemeinen die ZPO, jedoch mit *Offizialmaxime* (§ 36 Abs. 2). Ferner sind die Grenzen der Ermessensprüfung — ausgenommen bei Entscheidungen über die Höhe einer Entschädigung oder einer Ausgleichszahlung⁴³⁾ — ebenso abgesteckt wie in den Verwaltungsgerichtsgesetzen (vgl. § 38). Das Urteil lautet schließlich auf Aufhebung oder Abänderung des VAes oder auf Rückverweisung (§ 40). Hier ist also — ebenso wie im Fall des Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG — die Rechtmäßigkeit des VAes Streitgegenstand⁴⁴⁾.

In allen diesen Fällen ist es unzweifelhaft, daß der Zivilrichter einer behördlichen Vorentscheidung über die ihm zur Beurteilung zugewiesenen Hauptfrage nicht zu folgen braucht; nur soweit er ausnahmsweise den Ermessensspielraum der Behörde zu beachten hat⁴⁵⁾, ergibt sich eine gewisse Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit.

5. Schwieriger zu beantworten ist aber die Frage, ob das Zivilgericht an präjudizielle VAe gebunden ist. Wenn z. B. ein Beamter eine Gehaltsklage erhebt, weil er seine Entlassung für unrechtmäßig hält, so ist die Entscheidung von der Vorfrage abhängig⁴⁶⁾, ob bei fehlerhafter Entlassung das Gericht den gestaltenden VA — auch wenn er nicht nichtig ist — übergehen kann, da der Beamte nicht hätte entlassen werden dürfen und ihm sein Gehaltsanspruch daher auch nicht genommen werden darf, oder ob es den Kläger als entlassenen Beamten behandeln muß, dem nach dem Gesetz kein Gehaltsanspruch mehr zusteht.

Das Bindungsproblem kann man hier unter zwei Gesichtspunkten betrachten. Man kann argumentieren, daß hinsichtlich der Vorfragenprüfung öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht anders zu behandeln seien als bürgerlich-rechtliche, da ausdrücklich zugewiesen nur die Entscheidung über die Hauptfrage ist. Oder man kann eine völlige Ungebundenheit vertreten, da *implicite* der gesamte öffentlich-rechtliche Komplex zugewiesen wurde⁴⁷⁾.

Positiv-rechtliche Bindungsvorschriften können uns hier wie auch sonst keinen Anhaltspunkt geben. Sie sind zwar bei den bis-

43) Hier wäre eine eingeschränkte Ermessensnachprüfung, die eine Verringerung des Rechtsschutzes bedeutet, im Hinblick auf Art. 14 Abs. 3 GG unzulässig.

44) im Sinne der oben zu N. 9 dargelegten Auffassung.

45) wie nach § 38 Baulandbeschaffungsgesetz.

46) Von positiv-rechtlichen Bindungsvorschriften soll bei diesem Beispiel abgesehen werden.

47) So z. B. *v. Hippel*, VVDStL Heft 5 S. 198 ff. unter Hinweis auf RGZ 113, 207 ff. (209) und RG in JW 1927 S. 259, in denen das RG — es handelt sich um Gehaltsklagen von Beamten — den Grundsatz aussprach, daß die Gerichte zur Entscheidung aller Zweifel und Vorfragen berufen seien, die für die Entscheidung in der Hauptsache maßgeblich seien.

her bedeutsamsten Zuweisungsstreitigkeiten, bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten⁴⁸⁾, zur Abwehr einer Rechtsprechung geschaffen worden, die auch eine umfassende Beurteilung präjudizieller VAe für sich in Anspruch nahm; jedoch schließt das nicht die Prüfung der Frage aus, ob diese Rechtsprechung überhaupt jemals berechtigt war und ob sie einem allgemeinen Prinzip entsprang, und noch viel weniger ist damit gesagt, ob sie jetzt noch nachahmenswert ist. Auch daraus, daß die Bindungsvorschriften nicht alle öffentlich-rechtlichen Vorfragen, die für den Gehaltsanspruch des Beamten von Bedeutung sein können, erfassen, darf man nicht e contrario schließen, daß im übrigen keine Bindung bestehe⁴⁹⁾.

Die Frage der Bindung an präjudizielle VAe bei Zuweisungsstreitigkeiten war am meisten umstritten bei den vermögensrechtlichen Ansprüchen der Beamten. Das RG hat hier bis zu der Entscheidung RGZ 154, 193 im Jahre 1937⁵⁰⁾ einen Unterschied gemacht zwischen den Wirkungen, die ein VA, z. B. eine Entlassung, für den Bereich des Staatsdienstes und für den Gehaltsanspruch hat⁵¹⁾. In solchen Fällen, meinte das RG, könne man sagen, daß der Betreffende zwar staatsrechtlich kein Beamter mehr sei, vom Zivilrichter aber so behandelt würde, als ob er noch im Staatsdienst stünde. Wie *Ernst v. Hippel* zu Recht hervorgehoben hat⁵²⁾, ist dies nicht so ungeheuerlich, wie vielfach behauptet wird; denn schließlich wollten die Beamtengesetze⁵³⁾ Rechtsschutz in Vermögenssachen gewähren, dieses Ziel wird aber grobenteils illusorisch, wenn die Verwaltungsbehörde bindend über die entscheidenden Vorfragen befinden kann.

Gerichtlicher Rechtsschutz ist aber nunmehr auch im Beamtenrecht umfassend gegeben⁵⁴⁾. Es besteht daher kein Grund, bei Gehaltsklagen den vermögensrechtlichen Anspruch von dem staatsrechtlichen Status zu lösen; wer also wirksam entlassen wurde, gilt auch vermögensrechtlich nicht mehr als Beamter; das Zivilgericht muß den Gehaltsanspruch von der Wirksamkeit des VAes,

48) Vgl. die oben S. 46 angeführten Bindungsvorschriften.

49) So überzeugend *Ule*, Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, S. 52, gegen *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 18, 382.

50) Vgl. dazu oben S. 107.

51) Vgl. RGZ 96, 303; 108, 117; 110, 103; 110, 189; 113, 209; 122, 113; JW 1927 S. 259; JW 1930 S. 1187 und die Nachweise in RGZ 154, 193 ff. — Es ist allerdings nicht immer eindeutig, ob das RG seiner Inzidententscheidung nicht auch Auswirkungen für das Dienstverhältnis selbst beimaß; in RGZ 122, 119 hat es jedoch ausdrücklich betont, daß mit Zubilligung des Gehaltsanspruches der VA nicht etwa aufgehoben oder für unwirksam erklärt werde, auch sei die Behörde nicht verpflichtet, den VA als unwirksam anzusehen.

52) VVDStL Heft 5 S. 199.

53) teilweise unter verfassungsrechtlicher Garantie!

54) Vgl. *Ule*, a. a. O., insbesondere S. 34 ff.

nicht von seiner Rechtmäßigkeit abhängig machen⁵⁵⁾). Es ist daher *Ule*⁵⁶⁾ voll beizupflichten, wenn er es mit der gegenwärtigen Aufgabenverteilung zwischen Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Beamtenrechts für unvereinbar hält, daß die Zivilgerichte bei den Gehaltsklagen eine Ausdehnung ihrer Prüfungsbefugnis für sich in Anspruch nehmen⁵⁷⁾ 58).

Was hier für die Ansprüche der Beamten dargetan wurde, muß als allgemeiner Grundsatz für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten anerkannt werden⁵⁹⁾). Da alle die Entscheidung von Zuweisungssachen präjudizierenden VAe der Nachprüfung im Verwaltungsprozeß unterliegen, kann nur die Entscheidung über den Streitgegenstand selbst als den Zivilgerichten zugewiesen gelten. Im übrigen ist die Bindungsfrage nicht anders als bei bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen zu beurteilen. Das bedeutet, daß auch in Zuweisungsstreitigkeiten gestaltende präjudizielle VAe verbindlich sind und feststellende insoweit, als ihnen materielle Rechtskraft zukommt.

6. Diese Regel gilt allerdings dann nicht — wie *Bachof* überzeugend dargelegt hat⁶⁰⁾ — wenn Anknüpfungspunkt nicht die Wirksamkeit, sondern die Rechtmäßigkeit des VAes ist⁶¹⁾. *Hau-eisen*⁶²⁾ hat allerdings behauptet, der Zivilrichter habe jeden nicht richtigen VA als rechtmäßig anzusehen, die Alternative Recht-

55) *Bachof*, JZ 1952 S. 211 ff.

56) a. a. O. S. 51 ff.

57) Die neuere Rechtsprechung erklärt daher mit Recht präjudizielle VAe bei Gehaltsklagen im Anschluß an RGZ 154, 193 für verbindlich, vgl. Bayer. VGH, VGHE NF. Bd. 4 Teil I S. 36 ff. (42 ff.). — Anders noch OGHZ 3, 322.

58) Daß durch Art. 33 Abs. 5 GG — ebensowenig wie durch Art. 19 Abs. 4 GG — nicht alle Bindungen weggefallen sind, hat *Bachof* überzeugend gegen die wohl allein stehende Ansicht von *Jeß*, Bonner Kommentar, Anm. II 7 f Abs. 3 zu Art. 33, dargelegt.

59) *Ule*, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 S. 293; *Tiedau*, MDR 1954 S. 268.

60) JZ 1954 S. 212; im Ergebnis ebenso *Klein*, Untersuchungen, S. 26.

61) Freilich hat die ältere Rechtsprechung des RG auch den Gehaltsanspruch von der Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung abhängig gemacht. — Wenn aber hier von der Rechtmäßigkeit als Anknüpfungspunkt gesprochen wird, so ist damit gemeint, daß sich dies zwingend kraft positiven Rechts oder aus der Natur der Sache ergibt. Das war und ist bei den Gehaltsklagen sicher nicht der Fall.

62) NJW 1953 S. 123. Die Berufung auf *Naumann*, DVBl 1950 S. 133 ff., ist allerdings unbegründet; denn *Naumann* beschränkt seine Untersuchung eindeutig auf den von ihm behandelten speziellen Fall und will dort dem Gericht nicht gestatten, Rechtsfolgen aus der bloßen Rechtswidrigkeit zu ziehen.

Zu *Naumanns* Aufsatz selbst darf Folgendes bemerkt werden: Wenn die Witwe eines entlassenen Beamten auf Wiedereinräumung des Besitzes an ihrer Wohnung gegen die Körperschaft klagt, die sie mit Verwaltungszwang daraus exmittiert hat, so dürfte der Zivilrechtsweg gar nicht zulässig sein, da hier die Rückgängigmachung (Folgenbeseitigung) eines VAes gefordert wird. Das Verwaltungsgericht hätte übrigens — wie *Naumann* selbst zugibt — den

mäßigkeit — Rechtswidrigkeit könne für ihn gar keine Bedeutung gewinnen. *Haueisen* verkennt aber hier das Wesen der Bindungswirkung des VAes. Die bindende Kraft des VAes besteht nicht darin, daß seine Rechtmäßigkeit vermutet wird⁶³⁾. Der Zivilrichter ist durchaus nicht verpflichtet, jeden VA als rechtmäßig anzusehen, er darf daher auch jederzeit Fehler eines Hoheitsaktes feststellen; er ist nur durch die Verbindlichkeit des Aktes im allgemeinen gehindert, irgendwelche Folgerungen hieraus zu ziehen. Denn meistens ist die Wirksamkeit des VAes Ausgangspunkt der für die Entscheidung maßgeblichen Wirkungen, und das Gericht ist gebunden, diese Wirkungen als Grundlage des eigenen Urteils zu nehmen.

Manchmal schließen sich aber auch Rechtsfolgen an die Rechtswidrigkeit des VAes an; das ist z. B. bei den im nächsten Kapitel zu behandelnden Amtshaftungsklagen der Fall. Aber nicht nur hier. So sieht z. B. der Bundesgerichtshof⁶⁴⁾ in der rechtswidrigen Erfassung und Zuweisung von Wohnraum durch die Wohnungsbehörden einen enteignungsgleichen Eingriff. Für die Entschädigungspflicht des Staates kommt es also darauf an, ob sein Verhalten rechtmäßig oder fehlerhaft war. Dies ist vom Richter objektiv festzustellen, nicht anders, als ein Verwaltungsgericht diese Frage beurteilen würde. Die bindende Wirkung schließt also eine Prüfung der VAe auf ihre Fehler nicht aus und verwehrt dem Gericht auch nicht, Rechtsfolgen hieraus zu ziehen, soweit sie von der Rechtswidrigkeit abhängen⁶⁵⁾.

Teil III

Amtshaftungsklagen

16. Kapitel

1. Die Frage der Bindung an VAe bei Amtshaftungsansprüchen auf Grund § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG¹⁾ soll außerhalb

VA aufzuheben, da auch der Staat vor dem Zivilgericht auf Räumung klagen muß. Wenn man aber den ZRW für zulässig erachtet, dann kann man die Behörde auch nicht anders behandeln, als einen Privatmann; die Anwendung von Zwang, auch von Verwaltungszwang, zur Entfernung eines Mieters ist nicht erlaubt, also verbotene Eigenmacht, dabei ist es ganz unerheblich, ob der VA nichtig oder sonst fehlerhaft ist. Man kann doch von einem Richter nicht verlangen, daß er eine offensichtlich unerlaubte Handlung als erlaubt ansieht! Hier geht es gar nicht um Bindung, sondern um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des § 858 BGB „verboten“. Eine „Vermutung“ kann da nicht helfen.

63) Vgl. oben S. 52 ff.

64) BGHZ 6, 270.

65) Die Bedenken von *Haueisen*, a. a. O. gegen die in der vorhergehenden Note genannte BGH-Entscheidung sind daher unbegründet.

1) Es ist allgemein anerkannt und bedarf daher keiner weiteren Begründung, daß die Staatshaftung nach Art. 34 GG nur im Rahmen des § 839 BGB eintritt; die Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB müssen also stets vorliegen.

der beiden Hauptgruppen — bürgerlich-rechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten — behandelt werden. Dies ist einmal dadurch gerechtfertigt, daß die Rechtsnatur der Amtshaftungsansprüche abschließend noch nicht geklärt ist. Von der einen Seite wird die bürgerlich-rechtliche Natur dieses Anspruches mit seiner Herkunft aus dem Recht der unerlaubten Handlungen begründet und darauf hingewiesen, daß der Staat nur die Haftung für den privatrechtlichen Anspruch gegen den Beamten übernommen habe²⁾, während von den Verfechtern der öffentlich-rechtlichen Natur³⁾ auf die starke Verwandtschaft zum öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch abgestellt wird. Viele begnügen sich allerdings auch nur damit, die eigene Ansicht als von der allgemeinen Anerkennung getragen hinzustellen⁴⁾.

Wesentlicher als dieser Streit fällt jedoch ein anderer Gesichtspunkt für eine abgesonderte Behandlung ins Gewicht. Die Bedeutung der Amtshaftungsklage liegt darin, daß hier die Zivilgerichte dem Bürger einen Schutz gegen unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt, und zwar hauptsächlich der Verwaltung, gewähren. Sie üben daher eine materielle Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁾ nicht nur — wie in den im 2. Teil dieser Arbeit behandelten Fällen — auf genau begrenzten Gebieten aus, sondern erfassen den gesamten Tätigkeitsbereich der Verwaltung. Soweit also die verwaltungsgerichtliche Generalklausel nicht reichte oder reicht, bietet diese zivilgerichtliche Generalklausel eine „ultima ratio des Rechtsschutzes“⁶⁾. Diese besondere Funktion der Zivilgerichte bei Amtshaftungsprozessen bedingt naturgemäß auch eine besondere Prüfung der Bindungsfrage.

2. Freilich bedeutet die Parallele⁷⁾ zwischen Amtshaftungs- und Verwaltungsprozeß nicht, daß es in beiden Verfahren um die glei-

2) So insbesondere *Lerche*, Ordentlicher RW und VRW, S. 104; zu der Begründung *Böttchers* für die bürgerlich-rechtliche Natur aus einer „finalen“ Betrachtungsweise, ZZZ Bd. 65 S. 44 ff. u. DRiZ 1952 S. 4 ff., vgl. oben S. 137. — Das RG hat in st. Rspr. (vgl. RGZ 87, 114; 159, 247) die bürgerlich-rechtliche Natur bejaht, ebenso auch der BGH in NJW 1952 S. 931. Für öffentlich-rechtliche Natur jetzt BGHZ 11, 198; 12, 282

3) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht S. 50; *Friesenhahn*, DV 1949 S. 483; *Ule*, DRiZ 1950 S. 227; *Arndt*, DRiZ 1950 S. 230; *Bachof*, Vornahmeklage S. 116; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2 S. 591; *Tiedau*, MDR 1954 S. 268.

4) Zutreffend daher *Siebert*, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215 ff. (245), wenn er sagt, daß ebenso häufig die privat- wie die öffentlich-rechtliche Natur behauptet werde.

5) *Bachof*, Vornahmeklage, S. 59 N. 14.

6) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 51.

7) Vgl. dazu die Untersuchung *Mengers*, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 347 ff.

chen Streitfragen geht. Insbesondere verlangt § 839 BGB ein schuldhaftes Handeln, während das Verschulden bei einer Anfechtungsklage keine Rolle spielt. Davon abgesehen, zeigt ein Blick in die reichhaltige Rechtsprechung, daß es bei vielen Amtshaftungsklagen durchaus nicht um die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines VAes geht. Eine Amtspflichtverletzung — und nur diese Fälle sind für uns von Interesse — kann aber auch im Erlaß eines rechtswidrigen VAes⁸⁾, sowie in der Nichtvornahme einer beantragten Amtshandlung liegen. Hier nähern sich beide Verfahrensarten; denn die Verwaltungsgerichte werden den rechtswidrigen Akt aufheben, während die Zivilgerichte bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Staat wegen des Erlasses dieses Aktes zum Schadenersatz verurteilen werden. Das gleiche gilt mutatis mutandis bei rechtswidriger Nichtvornahme einer Amtshandlung.

Behauptet nun der Kläger, daß ein Beamter sich durch den Erlaß eines rechtswidrigen VAes einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht habe, so kann eine „Bindung“ an den betreffenden VA, ja überhaupt eine Beschränkung der Überprüfung sicher dann nicht eintreten, wenn den Zivilgerichten hier die gleichen Befugnisse zustehen, wie den Verwaltungsgerichten, wenn sie also auch VAe aufheben dürfen und den Staat zur Vornahme von Amtshandlungen verurteilen können. Ein solches Recht haben *Werner*⁹⁾ und insbesondere *Heidenhain*¹⁰⁾ den Zivilgerichten zugesprochen.

Große praktische Bedeutung hätte eine solche Befugnis im Hinblick auf § 839 Abs. 3 BGB nicht¹¹⁾; denn eine Aufhebung bzw. Verurteilung zur Aufhebung des VAes oder eine Verurteilung zur Vornahme der unterlassenen Amtshandlung käme doch nur dann in Betracht, wenn dieses Urteil den entstandenen Schaden — ganz oder zum Teil — beseitigen würde. Diesen Schaden¹²⁾ hätte der Kläger aber auf alle Fälle im Verwaltungsprozeß abwenden können¹³⁾.

8) Einschließlich der Anordnung des Vollzuges wie seiner Durchführung (*Bachof*, Vornahmeklage, S. 116).

9) DV 1949 S. 108.

10) NJW 1949 S. 841 ff. und NJW 1952 S. 604 ff.

11) Vgl. auch *Richter*, NJW 1953 S. 1579.

12) Nicht auch jeden anderen! § 839 Abs. 3 BGB zwingt also nicht in jedem Fall zur Anrufung des Verwaltungsgerichts; so aber *Lerche*, a. a. O. S. 106 u. *Naumann*, Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 14; richtig *Tiedau*, MDR 1954 S. 269.

13) Soweit keine verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit gegeben sein sollte, greift Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG unmittelbar ein, das hat auch die die Auffassung *Heidenhains* ablehnende Meinung nie geleugnet, insbesondere nicht behauptet, daß wenn die subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG gegeben ist, die Zivilgerichte nicht die gleichen Befugnisse wie die Verwaltungsgerichte hätten; die Bedenken *Heidenhains*, NJW 1952 S. 605 linke Spalte, sind daher unbegründet.

Aber auch abgesehen davon, kann die von *Heidenhain* gegebene Begründung nicht überzeugen. Er bezieht sich auf Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG und behauptet, daß diese Verfassungsbestimmung hier eingreife, da für die Amtshaftungsklagen keine andere Zuständigkeit als die der Zivilgerichte gegeben sei, diese daher an die Stelle der Verwaltungsgerichte treten müßten. *Heidenhain* stellt also auf eine bestimmte Klage ab, entscheidend ist aber das Klagebegehren, der vom Kläger geltend gemachte Anspruch. Verlangt der Kläger Aufhebung eines VAes oder Vornahme einer Amtshandlung, so ist für diesen Anspruch der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, es ist daher für die subsidiäre Zuständigkeit der Zivilgerichte kein Raum mehr. Art. 19 Abs. 4 GG hat daher die Befugnisse des Zivilrichters im Amtshaftungsprozeß nicht erweitert¹⁴). Dann besteht aber auch kein Anlaß, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, die einen Schadensersatz — abweichend von § 249 BGB — nie durch Verurteilung des Staates zur Aufhebung eines VAes oder Vornahme einer Amtshandlung gewährt hat¹⁵). Daß damit nicht nur die Verurteilung zur Entschädigung in Geld, sondern auch zur Lieferung vertretbarer Sachen zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel mehr¹⁶). Eine derartige Trennung zwischen der verwaltungsgerichtlichen und zivilgerichtlichen Kontrolle der Verwaltung, wobei also der letzteren nur der vermögensrechtliche Ausgleich obliegt, ist bei der Gleichwertigkeit der beiden Rechtswege allein sinnvoll¹⁷).

3. Fehlt somit dem Zivilrichter die Befugnis, einen VA aufzuheben oder den Staat zu seiner Aufhebung zu verurteilen, so stellt sich uns die Frage, ob er bei der Überprüfung behördlicher Amtshandlungen irgendwelchen Beschränkungen unterliegt. Um ein echtes Bindungsproblem kann es sich hierbei freilich nicht handeln; denn der Zivilrichter knüpft gerade an die von der Behörde gewollten Wirkungen an¹⁸). Problematisch kann nur sein, in welchen Fällen der Zivilrichter eine Amtspflichtverletzung annehmen

14) Im Ergebnis ebenso: BGHZ 4, 77 ff. (84); und 14, 222 ff. (229); *Bachof*, SJZ 1950 Sp. 166; Vornahmeklage S. 117; *Boehmer*, a. a. O. 1. Buch S. 250 N. 1 u. S. 254; *Ule*, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 32 N. 64; *Lerche*, a. a. O. N. 447; *Tiedau*, JR 1952 S. 267; *Bettermann*, MDR 1953 S. 644 ff.; *Loppuch u. Richter*, NJW 1953 S. 1578 ff.; *Gützkow*, DÖV 1953 S. 295. *Menger*, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 349 f.

15) RGZ 150, 141 (143); BGHZ 4, 84.

16) BGHZ 5, 102; jetzt allgemeine Meinung.

17) *Bosch*, a. a. O., nennt die Befugnisse der Zivilgerichte im Amtshaftungsprozeß anschaulich, wenn auch sprachlich nicht exakt „Haftungskontrolle“.

18) Unklar daher *Oppermann*, NJW 1953 S. 1819 f., der davon spricht, das Zivilgericht habe den VA als rechtswirksam zu betrachten; denn damit ist weder die Entstehung eines Schadens noch ein Ersatzanspruch ausgeschlossen.

darf. Das Reichsgericht hat hier in ständiger Rechtsprechung¹⁹⁾ davon gesprochen, daß eine Amtspflichtverletzung nur dann vorliege, wenn der Beamte willkürlich oder in solchem Maße fehlsam gehandelt habe, daß sein Verhalten mit den an eine ordnungsgemäße Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar sei. Bei der Beurteilung dieser Formel muß man sehr vorsichtig sein²⁰⁾. In den meisten Fällen sieht das RG nämlich eine schuldhaft(!) Amtspflichtverletzung erst bei willkürlichem oder besonders fehlsamem Verhalten als vorliegend an, gibt also keine Abgrenzung des Pflichtenkreises des Beamten, sondern ein Kriterium für die in jenem Aufgabenbereich erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB). Auch hat das RG sicher keine Einteilung des fehlerhaften Handelns in der Weise vornehmen wollen, daß nur im Erlaß eines nichtigen VAes eine Amtspflichtverletzung liegen könne. Dies zeigt sich schon daran, daß es seine Formel dann nicht angewandt hat, wo es sich nach seiner Meinung nicht um Ermessensausübung, sondern um Rechtsauslegung handelte²¹⁾. Soweit das RG aber wirklich nicht nur einen Verschuldensmaßstab aufstellen, sondern die rechtmäßige Ermessensausübung vom rechtswidrigen Ermessensfehlgebrauch abgrenzen wollte²²⁾, so unterliegt eine Übernahme dieser Rechtsprechung starken Bedenken²³⁾. Das RG geht offensichtlich von einem sehr weiten Ermessensbegriff aus, während wir heute die Tätigkeit der Verwaltung viel stärker im gebundenen Normenvollzug sehen, was seinen Niederschlag in der gerichtlichen Überprüfbarkeit der Auslegung sogenannter unbestimmter Rechtsbegriffe gefunden hat. Auch dürfte die jetzt im Verwaltungsrecht übliche Zubilligung eines Ermessensspielraumes nicht so weit gehen wie die reichsgerichtliche Formel; wir brauchen diese Frage hier aber nicht weiter zu verfolgen.

sen. *Oppermann* meint aber offensichtlich nicht rechtswirksam, sondern rechtmäßig.

Auch *Haueisen*, NJW 1953 S. 123 f., erkennt das Wesen der Bindungswirkung, wenn er fordert, das Gericht habe den VA solange zu respektieren, bis er aufgehoben oder für rechtswidrig erklärt sei, und damit meint, als rechtmäßig ergangen anzusehen. Vgl. dazu auch unten N. 31 u. 32.

19) Vgl. RGZ 99, 255; 121, 233; 138, 14; 138, 259; 146, 375; 147, 183; 154, 153; 164, 44.

20) *Tiedau*, MDR 1954 S. 268, sagt zu Recht, daß man aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung für fast jeden Standpunkt Argumente herleiten könne.

21) Vgl. RGZ 156, 34 (50).

22) So wohl in RGZ 146, 369 (375) u. 147, 179 (183); ein klares Bild läßt sich freilich nicht gewinnen, da nicht sicher ist, ob das RG unter Amtspflichtverletzung nicht schon schuldhaftes Handeln mit verstand.

23) Vgl. auch *Loppuch*, NJW 1952 S. 1038.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes²⁴⁾ ist nach anfänglichem Schwanken²⁵⁾ eine klare Abgrenzung zwischen der objektiven und subjektiven Seite der Amtspflichtverletzung, also dem Kreis der Amtspflichten und ihrer schuldhaften Verletzung, festzustellen. Der BGH trennt hierbei die falsche Gesetzesanwendung vom Ermessens Fehlgebrauch und davon wieder die Frage der Schuld²⁶⁾. Er erkennt ausdrücklich an, daß eine Amtspflichtverletzung nicht die Nichtigkeit des VAes voraussetze²⁷⁾. Er stellt weiter fest, daß die Schadensersatzklage nicht die Wirksamkeit des VAes berühre, da der Kläger ja gerade (im allgemeinen) die Wirksamkeit des Aktes anerkenne, seine Forderung aber auf die davon unabhängige mangelnde Rechtmäßigkeit stütze, wodurch die bindende Kraft des VAes nicht beeinträchtigt werde²⁸⁾. Der BGH hat schließlich ausgesprochen, daß ein rechtswidriger Eingriff in die Privatrechtssphäre eine Amtspflichtverletzung darstelle²⁹⁾, ohne dazu noch ein willkürliches oder besonders fehlerhaftes Verhalten zu fordern. Soweit der BGH die reichsgerichtliche Formel verwendet, dient sie nur dazu, einen Verschuldensmaßstab zu geben³⁰⁾.

24) Aus der sonstigen Rechtsprechung nach 1945 sei nur erwähnt, daß die vom LG Essen, MDR 1949 S. 42 ff. (45) behauptete Einigkeit darüber, daß die Zivilgerichte bei Amtshaftungsklagen Hoheitsakte auf ihre Rechtmäßigkeit nachprüfen dürften, nicht bestand. So hat das OLG Bamberg, NJW 1950 S. 869, die Amtspflichtverletzung auf nichtige Akte beschränkt, und die Entscheidung des OGH, NJW 1950 S. 225 geht in gleicher Richtung. Das OVG Hamburg, MDR 1952 S. 251, hat demgegenüber die Berücksichtigung jedes Fehlers im Amtshaftungsprozeß anerkannt.

25) Besonders deutlich in der Entscheidung vom 29. 11. 1951, AöR Bd. 78 S. 102 ff., wo der BGH fast in jedem Satz (S. 111 f.) einmal auf die objektive und dann auf die subjektive Seite der Amtspflichtverletzung eingeht, ohne daß eine Unterscheidung erkennbar wäre. Hier findet sich auch der bedenkliche Satz, daß nicht jede objektiv unzulässige Amtshandlung schon eine Überschreitung der Amtsbefugnisse sei. Wenn man diese Stelle im Zusammenhang liest, darf man aber annehmen, daß der BGH hier nur eine schuldhaftes Überschreitung ausschließen wollte.

26) BGH, LM (1) HandelsbeschränkungsVO.

27) BGHZ 4, 24. — *Haueisens* Bezugnahme (NJW 1953 S. 123) auf BGHZ 4, 71, wo ausgesprochen wird, daß die Gerichte außerhalb der Nichtigkeitsprüfung zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von VAen nicht befugt seien, ist unzutreffend, da es sich dort nicht um eine Amtshaftungsklage handelte und der Satz — wie die sonstige Rechtsprechung zeigt — nicht allgemein auf alle Streitigkeiten angewandt werden kann.

28) BGHZ 9, 129.

29) NJW 1953 S. 1667 f. a. E.

30) Vgl. BGHZ 2, 214; 4, 302 (311). — Auch die für sich allein betrachtet insoweit nicht eindeutigen Formulierungen in BGHZ 8, 83 und NJW 1954 S. 715 können insbesondere im Hinblick auf die sonstigen Äußerungen nur so verstanden werden, daß der BGH dort unter Amtspflichtverletzung und Ermessensmißbrauch nicht nur die Rechtswidrigkeit der Maßnahme, sondern auch gleichzeitig das schuldhaftes Handeln meinte.

4. Es ist dem Bundesgerichtshof beizupflichten, wenn er im Amtshaftungsprozeß es für zulässig erachtet, jeden VA auf seine Rechtmäßigkeit nachzuprüfen, und wenn er den Erlaß eines rechtswidrigen Aktes als eine Amtspflichtverletzung ansieht.

Die Wirksamkeit eines Aktes hat offensichtlich nichts damit zu tun, ob durch den Erlaß eines rechtswidrigen Aktes dem Kläger ein Schaden erwachsen ist; denn die Rechtssphäre des Betroffenen wird gerade auch durch die dem wirksamen Akt bestimmungsgemäß zukommenden Wirkungen beeinträchtigt³¹⁾. Eine andere Frage ist nur, ob eine objektive Überschreitung des Pflichtenkreises des Beamten nur vorliegt, wenn er einen besonders fehlerhaften, einen nichtigen Akt erläßt, oder ob der Erlaß jedes rechtswidrigen VAes objektiv eine Amtspflichtverletzung darstellt. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um die Frage der Bindung an den VA³²⁾, sondern um die Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Amtspflicht“.

Die Pflichten des Beamten ergeben sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht³³⁾. Den Worten *Thomas*, mit denen er im Handbuch des deutschen Staatsrechts³⁴⁾ die Amtspflicht gekennzeichnet hat, braucht nichts weiter hinzugesetzt zu werden³⁵⁾: „Die, dem Rechtsstaatsgedanken allein entsprechende, ausdehnende Auslegung wird von der Maxime ausgehen, daß einer obrigkeitlichen Behörde grundsätzlich *gegenüber Jedermann* die Amtspflicht obliege, eine Verletzung seiner Interessen nach Tunlichkeit zu vermeiden und daß nicht nur die vorgesetzte Behörde, sondern Jedermann einen Anspruch darauf habe, daß die dem Schutze des Publikums dienenden Normen durchgeführt“ werden.

Der Erlaß eines rechtswidrigen VAes ist daher in jedem Fall eine objektive Verletzung der dem Beamten obliegenden Amtspflicht, ganz gleich, ob die Rechtswidrigkeit auf falscher Rechtsanwendung oder Ermessensfehlgebrauch³⁶⁾ beruht³⁷⁾. Dabei kann im Amtshaftungsprozeß keine andere Beurteilung der Rechtswidrigkeit Platz greifen als im Verwaltungsprozeß. Es wäre

31) Unzutreffend daher *Oppermann*, a. a. O. vgl. oben N. 18.

32) Zur a. M. *Haueisens* vgl. oben N. 18.

33) Art. 20 Abs. 3 GG.

34) 2. Bd. S. 622.

35) Zumal wir oben unsere Auffassung vom Wesen der Verwaltung dargelegt haben, vgl. insbesondere S. 110 ff.

36) Der ja im Grunde auch falsche Rechtsanwendung ist.

37) *Tiedau*, JR 1952 S. 263 ff. (265); *Loppuch*, NJW 1952 S. 1038. Die Zivilgerichte können also im Rahmen der Amtshaftungsklage die Rechtmäßigkeit des VAes im vollen Umfang nachprüfen, das dürfte auch der h. M. entsprechen, vgl. *Bachof*, SJZ 1949 Sp. 389; *Ule*, Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 3 S. 293; *Tiedau*, MDR 1954 S. 269.

auch seltsam, wenn der Erlaß eines fehlerhaften, jedoch nicht nichtigen Aktes keine Amtspflichtverletzung darstellen würde und daher auch bei vorsätzlichem Handeln eine Schadensersatzpflicht nicht auslösen könnte³⁸⁾.

Man mag vor der Anerkennung einer umfassenden Staatshaftung dazu geneigt haben, in bestimmten Fällen völlig schuldlosen, jedoch im Ergebnis rechtswidrigen, Handelns schon die Verletzung einer Amtspflicht zu verneinen³⁹⁾. Heute müssen wir aber die Fragen der objektiven Rechtsverletzung und der Schuld scharf trennen und daher jeden rechtswidrigen Eingriff in den geschützten Rechtskreis eines Dritten als Verletzung einer einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht ansehen. Dies ist erforderlich im Hinblick auf das Verhältnis der Amtshaftung zur Enteignung, Aufopferung und Haftung des Staates bei schuldlos-rechtswidrigen Eingriffen⁴⁰⁾.

Es ist abschließend noch darauf hinzuweisen, daß die Zivilgerichte ebensowenig wie die Verwaltungsgerichte berechtigt sind, innerhalb des Ermessensspielraumes der Behörde ihre Zweckmäßigkeitserwägungen an die Stelle der von der Behörde vorgenommenen zu setzen⁴¹⁾; soweit der Beamte die Grenzen seines Ermessens nicht überschreitet, handelt er rechtmäßig. Bei der Bestimmung der Ermessensgrenzen sollten sich die Zivilgerichte an die Rechtsprechung der dafür berufenen Verwaltungsgerichte anschließen, zumal das Oberste Bundesgericht noch nicht errichtet ist.

Ergebnisse der Arbeit

17. Kapitel

I. Die Bindung des Zivilrichters an VAe

1. Das Problem der Bindung an VAe ist keine Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges, sondern eine der Begründetheit der Klage.

2. Durch eine Aussetzung nach § 148 ZPO verpflichtet sich das Gericht nicht, die begehrte Entscheidung einer Verwaltungsbe-

38) Diese Konsequenz ihrer Auffassung müßten *Haueisen*, NJW 1952 S. 915 f.; NJW 1953 S. 123 und *Gützkow*, DÖV 1953 S. 296 ziehen.

39) Man denke etwa an den Fall, daß der Beamte in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung entscheidet, die Auffassung des Gerichtes sich aber ändert.

40) Auf die damit angeschnittenen Fragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechtes kann selbstverständlich nicht eingegangen werden. Ich muß hier verweisen auf die Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages und die aus diesem Anlaß erschienenen zahlreichen Publikationen.

41) BGHZ 2, 214; st. Rspr.

hörde anzuerkennen. Die Frage der Bindung ist in diesen Fällen nicht anders zu beurteilen als dort, wo ein VA erlassen wurde, ohne daß eine Aussetzung erfolgt war.

3. Es gibt keine Rechtsvermutung für die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit von VAen. Mit Hilfe einer Vermutung kann das Bindungsproblem nicht gelöst werden.

4. Die Tatbestandswirkung des VAes betrifft nur die Tatsache, seiner Existenz. Die inhaltlichen Wirkungen des VAes und seine Verbindlichkeit für den Zivilrichter haben mit der Tatbestandswirkung nichts zu tun. Insbesondere folgt aus der Tatbestandswirkung keine Bindung an gestaltende VAe.

5. Der Begriff der „Feststellungswirkung“ im Verwaltungsrecht ist mißverständlich, da Feststellungswirkung im Zivilprozeßrecht identisch mit Rechtskraftwirkung ist. „Feststellungswirkung“ im Sinne einer Bindung an tatsächliche Feststellungen und Gründe einer Entscheidung gibt es nur dort, wo das Gesetz eine solche Bindung ausdrücklich vorschreibt. Von solchen Fällen abgesehen, gibt es keine „Feststellungswirkung“; dieser Begriff ist daher für das Bindungsproblem ohne Bedeutung.

6. VAe, die in einem gerichtsformigen Verfahren ergehen, sind materiell-rechtskräftig und ebenso verbindlich wie ein entsprechendes materiell-rechtskräftiges Urteil.

7. Aus der Gestaltungswirkung an sich ergibt sich keine Verbindlichkeit.

8. Die Lösung des Bindungsproblems ergibt sich aus den Beziehungen zwischen Rechtsprechung und Verwaltung. Die Bewahrung und Erhaltung des Rechts ist allein in die Hände der rechtsprechenden Gewalt gelegt. Allgemeinverbindliche Feststellungen über die Rechtslage in einem Einzelfall zu treffen, ist grundsätzlich Sache der Gerichte. Nur dort, wo auf Grund besonderer verfahrensrechtlicher Garantien VAen materielle Rechtskraft zukommt, können auch feststellende VAe den Zivilrichter binden. Im übrigen sind rein feststellende VAe für den Zivilrichter unverbindlich; er hat selbst über die Rechtslage zu entscheiden.

9. Gestaltende VAe hat der Zivilrichter anzuerkennen; er ist an sie gebunden. Die durch den gestaltenden VA geschaffene veränderte Rechtslage muß er zur Grundlage seiner Entscheidung machen. Soweit dem Zivilrichter nicht positiv-rechtlich eine Kontrollfunktion gegenüber der Verwaltung zugewiesen ist — wie z. B. subsidiär nach Art. 19 Abs. 4 GG —, obliegt die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit allein den Verwaltungsgerichten. Den Zivilgerichten ist daher auch das Recht entzogen, eine sogenannte „Inzidentkontrolle“ auszuüben. Der gestaltende VA ist so, wie ihn die Behörde erlassen und gewollt hat, verbindlich.

10. Nichtige VAe sind auch für den Zivilrichter unverbindlich. Im Rechtsstaat sind, soweit eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel besteht wie in der Bundesrepublik, die Nichtigkeitsgründe dem Verwaltungsrecht zu entnehmen; es ist den Zivilgerichten nicht gestattet, den Umfang der Nichtigkeitsgründe auszudehnen.

11. Diese Grundsätze gelten nicht nur für bürgerlich-rechtliche, sondern auch für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, die vom Zivilrichter zu entscheiden sind. Eine Bindung besteht selbstverständlich nicht, wo die Überprüfung eines VAes den Zivilgerichten übertragen ist; für die Entscheidung eines solchen Verfahrens präjudizielle VAe unterliegen jedoch wieder den oben aufgestellten Regeln.

12. Soweit sich Rechtsfolgen nicht an die Wirksamkeit eines VAes, sondern an seine Rechtmäßigkeit anknüpfen — wie z. B. bei den Amtshaftungsklagen —, besteht keine „Bindung“. Der Zivilrichter muß in diesen Fällen selbständig über die Rechtmäßigkeit des VAes entscheiden; die Ansicht der Verwaltungsbehörde ist für ihn unverbindlich.

II. Lösung der Beispielfälle

Für die auf S. 14—16 angegebenen Beispielfälle wird im folgenden eine stichwortartige Lösung gegeben. Auf eine Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur, die sich mit den meisten dieser Fälle und den damit zusammenhängenden Problemen wiederholt und zum Teil widersprechend befaßt haben, muß an dieser Stelle verzichtet werden.

a) Der ZRW ist zulässig; denn der Eigentumsherausgabeanspruch (§ 985 BGB) ist nur als bürgerlich-rechtlicher denkbar. Die Klage ist als unbegründet abzuweisen, da der gestaltende VA nicht nichtig ist.

b) Der ZRW ist zulässig. Der Klage ist stattzugeben, da der VA nichtig ist (das Sozialamt war nicht zuständig zur Beschlagnahme, auch handelt es sich um ein völlig formloses Verfahren, das offensichtlich rechtswidrig ist).

c) Der ZRW ist zulässig, da es sich um einen bürgerlich-rechtlichen Räumungsanspruch handelt. Die Wiedereinweisung ist nicht nichtig, die Klage muß als unbegründet abgewiesen werden.

d) Der ZRW ist zulässig, da der Anspruch auf bürgerlich-rechtliches Eigentum gestützt wird (§ 985 BGB). Unerheblich ist es, daß Besitzer die Beschlagnahmebehörde ist. Der Anspruch ist auch begründet, da die Formvorschriften für die Beschlagnahme nicht eingehalten wurden (vgl. § 23 RLG) und der VA daher nichtig ist.

e) Das Amtsgericht darf die einstweilige Verfügung nicht erlassen, da der ZRW nicht zulässig ist. Abgesehen davon, daß eine Verfügung überhaupt nicht gegen das Wohnungsamt, sondern allenfalls gegen die Stadt zu erlassen wäre, ist der erhobene Unterlassungsanspruch öffentlich-rechtlicher Natur. Daran ändert sich nichts, wenn er auf § 1004 BGB oder eine andere privatrechtliche Bestimmung gestützt würde. Denn es wird die Unterlassung einer angedrohten Amtshandlung verlangt; das ist aber ein Anspruch, der sich nur aus dem öffentlichen Recht ergeben kann. Zwar wäre die angedrohte Amtshandlung nichtig; dadurch wird sie aber nicht zu einer bürgerlich-rechtlichen Handlung. Auch wenn der Staat *ultra vires* handelt, bleibt er im öffentlich-rechtlichen Bereich.

f) Der ZRW ist zulässig. Es handelt sich in diesem Fall überhaupt nicht um die Frage der Bindung, sondern um die Auslegung des VAes. Die Zuteilung von Wohnraum berechtigt nicht zur eigenmächtigen Inbesitznahme. Der Räumungsanspruch ist gerechtfertigt.

g) Das Gericht darf die Partei nicht als Ausländer behandeln, da es an den gestaltenden und nicht nichtigen VA gebunden ist.

h) Das Gericht hat selbst über die Öffentlichkeit des Weges zu entscheiden, da es an feststellende VAe grundsätzlich nicht gebunden ist. Für eine materielle Rechtskraft der behördlichen Entscheidung fehlen Anhaltspunkte.

i) Das Gericht ist an die Beanstandung der Preisbehörde nicht gebunden. Die Preisbehörde hat nicht einen bestimmten Zins festgesetzt, sondern sie hat auf Grund einer nicht einschlägigen VO einen bestimmten Zins festgestellt. Diese falsche Rechtsauslegung ist unverbindlich. Es handelt sich um einen feststellenden, nicht materiell-rechtskräftigen VA.

k) Die Bescheinigung der Bank, daß eine Genehmigung nicht erforderlich ist, bindet das Gericht nicht (außer Acht bleibt dabei, ob besatzungsrechtliche Vorschriften eine Bindung in diesem Fall bewirken konnten).

l) Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Der Gehaltsanspruch ist abhängig davon, ob die Entlassung wirksam ist. Da keine Nichtigkeit vorliegt, muß das Gericht die Klage abweisen, auch wenn die Entlassung fehlerhaft war.

m) Die Einweisung des B war rechtswidrig. Dadurch ist A ein Schaden entstanden. Da der Schadensersatzanspruch — abgesehen vom Verschulden — davon abhängt, ob der VA fehlerhaft war, Anknüpfungspunkt also nicht die Wirksamkeit, sondern die Rechtmäßigkeit des VAes ist, muß der Klage stattgegeben werden, wenn die übrigen Voraussetzungen des Art. 34 GG und des § 839 BGB vorliegen.

Schrifttumsverzeichnis

- Andersen, Poul*, Ungültige Verwaltungsakte (mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe), Übersetzung aus d. Dänischen, Mannheim 1927.
- Anschütz, Gerhard*, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891.
- Arndt, Herbert*, Die ungeteilte Rechtsprechung, DRiZ 1950 S. 229 ff.
- Bachof, Otto*, Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz, SJZ 1949 Sp. 377 ff.
- Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanisch besetzten Zone Deutschlands, DÖV 1949 S. 364 ff.
 - Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950 Sp. 161 ff. und 488 ff.
 - Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951 (zit. Vornahmeklage).
 - Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Referat auf der Weinheimer Tagung, ZZP Bd. 65 S. 1 ff.
 - Der Rechtsweg f. Ansprüche aus d. Beamtenverhältnis, DÖV 1951 S. 477 ff.
 - Die Nachprüfbarkeit rechtsgestaltender Verwaltungsakte im Rechtsstreit über die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, JZ 1952 S. 211 ff.
 - Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung, Festschrift für Laforet, München 1952, S. 285 ff.
 - Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, DÖV 1953 S. 417 ff.
 - Entscheidungsbespaltungen MDR 1950 S. 375 ff.; JZ 1953 S. 411 ff.; DVBl S. 601 ff.
- Balogh, Elemér*, Über das konstitutive Urteil, GrünhZ Bd. 34 S. 123 ff.
- Baring, Die*, „Rechtskraft“ der Verwaltungsakte, NJW 1952 S. 1073 ff.
- Barske, Kurt*, Die Reichsabgabenordnung, Bücherei des Steuerrechts. Bd. 9, Berlin 1944.
- Bascho, Armin*, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht, Zürich 1946.
- Bauer, Wilhelm*, Die Beiladung nach dem Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit der amerikanisch besetzten Zone, DÖV 1949 S. 189 ff.
- Baumbach, Adolf*, Zivilprozeßordnung, Kurzkomentar, 22. Auflage, bearbeitet von Wolfgang Lauterbach, München 1954.
- Baur, Fritz*, Die Bindung an Entscheidungen, Tübingen 1940.
- Neuere Diskussionen über das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, DRZ 1949 S. 395 ff.
 - Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch, Tübingen 1955.
- Bekker, Ernst Imanuel*, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung, Berlin 1910.
- Beling, Ernst*, Deutsches Reichsstraßprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, Berlin 1928.
- Bernatzik, Edmund*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886.
- Bettermann, Karl-August*, Rechtsweg und richterliche Kontrolle von Verwaltungsakten, insbesond. in der Wohnungszwangswirtschaft., MDR 1947 S. 44 ff.
- Erwidern gegen Meiss, MDR 1947 S. 224.
 - Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, Hamburg 1948.
 - Verwaltungsgerichtliche Generalklausel, ordentlicher Rechtsweg und nichtiger Verwaltungsakt, MDR 1949 S. 394 ff.
 - Die Wiedereinweisung des verurteilten Räumungsschuldners als Rechtskraftproblem, MDR 1950, S. 265 ff.
 - Über die Beiladung im Verwaltungsstreitverfahren oder vom Nutzen der Prozeßvergleichung und einer allgemeinen Prozeßrechtslehre, DVBl 1951 S. 39 ff. und 72 ff.

- Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, Tübingen 1952.
- Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage, DVBl 1953 S. 163 ff., 202 ff.
- Zivilgerichtliche Verurteilung der Verwaltungsbehörde zu Amtshandlungen? MDR 1953 S. 644 ff.
- Über die materielle Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, MDR 1954 S. 7 ff.
- Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 361 ff.
- Entscheidungsbesprechungen MDR 1948 S. 81 f., 289; 473 f.; DV 1948 S. 117; JR 1949 S. 121; MDR 1952 S. 174; DVBl 1952 S. 321 ff.
- Binder, Julius*, Prozeß und Recht, Leipzig 1927.
- System der Rechtsphilosophie, Berlin 1937.
- Binding, Karl*, Das rechtskräftige Strafurteil in seinen strafprozessualen, strafrechtlichen und staatsrechtlichen Wirkungen, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 2. Bd. S. 303 ff., München 1915.
- Blomeyer, Karl*, Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bericht über die Tagung der Gemischten Kommission in Göttingen am 17. 10. 1951, MDR 1952 S. 23 ff.
- Boehmer, Gustav*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen, 1. Buch, 1950; 2. Buch 1. Abtlg. 1951.
- Böttcher, Eduard*, Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg? ZZP Bd. 51 S. 201 ff.
- Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß, Berlin 1930 (zit. Rechtskraft).
- Die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Inzidentkontrolle von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, DVBl 1950 S. 321 ff.
- Justiz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Korreferat auf der Weinheimer Tagung, ZZP Bd. 65 S. 44 ff.
- Zur Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsrechtsweg, DRiZ 1952 S. 4 ff.
- Brand, Arthur*, Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1929.
- Brauer, Helmut*, Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der Britischen Zone, MDR 1951 S. 457 ff.
- Brunner, Andreas*, Rechtsstaat gegen Totalstaat, Rechtspolit. Teil, Zürich 1948.
- Bruns, Hans-Jürgen*, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938.
- Bühler, Ottmar*, Steuerrecht, Bd. I Allgemeines Steuerrecht, 2. Auflage, Wiesbaden 1953.
- Carstens, Karl*, Grundgedanken der amerikanischen Verfassung und ihre Verwirklichung, Berlin 1954.
- De Clerck, Hans*, Verwaltungsgerichtliches Rechtsschutzinteresse und zivilgerichtliche Vorfragenkompetenz, DÖV 1954 S. 525 ff.
- Coester, Robert*, Die Rechtskraft der Staatsakte, München 1927.
- Dahm Georg*, Deutsches Recht, Stuttgart 1951.
- Dernedde, Carl*, Die Rechtspflege im Grundgesetz, ZJBBrZ 1949 S. 101 ff.
- Entscheidungsbesprechung DVBl 1954 S. 17 ff.
- Dohna, Alexander Graf zu*, Das Strafprozeßrecht, 3. Auflage, Berlin 1929.
- Drath, Martin*, Die Gewaltenteilung im heutigen deutschen Staatsrecht, in: Faktoren der Machtbildung (Schriften des Instituts für politische Wissenschaft), Berlin 1952, Bd. 2 S. 99 ff.
- Ehrenzweig, Armin*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 2. Auflage, Wien 1951, I. Bd. 1. Hälfte, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Adolf Ehrenzweig.
- Enneccerus-Nipperdey*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 14. Auflage, Tübingen 1952.

- Eyermann-Fröhler (-Hofmann)*, Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, Kommentar, München 1950.
- Fischbach, Oskar Georg*, Bundesbeamtenengesetz, Kommentar, Köln 1954.
- Fleiner, Fritz*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Förster-Kann*, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1913.
- Forsthoff, Ernst*, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., 3. Aufl. München 1953 (zit. Verwaltungsrecht).
 - Einführung zum 1. Band der von ihm herausgegebenen Übertragung des „Geistes der Gesetze“ von Montesquieu, Tübingen 1951.
- Friedrich, Werner*, Aus der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs im Jahre 1952, NJW 1953 S. 728 ff.
- Friesenhahn, Ernst*, Justiz und Verwaltungsrechtsschutz, in: Justiz und Verfassung, Hamburg 1948, S. 103 ff.
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz, DV 1949 S. 478 ff.
 - Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen, Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950 (zit. Thoma-Festschrift).
 - Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2 S. 239 ff.
- Giese, Friedrich*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1952.
- Goldschmidt, James*, Hat das ordentliche Gericht bei späteren Rechtsstreitigkeiten ein Nachprüfungsrecht hinsichtlich der Würdigung der Rechtsnatur eines gemäß der Bekanntmachung vom 16./17. Dezember 1916 (RGBl. 1396/1398) aufgelösten Vertrages durch das Reichsschiedsgericht für Kriegswirtschaft? AcP Bd. 117 S. 1 ff.
- Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1932.
- Grüner, Hans*, Die Bindung des Zivilrichters an Entscheidungen über Leistungspflichten aus der Reichsversicherungsordnung, unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung, Erlanger Dissertation 1950/51 (Maschinenschrift).
- Gützkow, Horst*, Die Amtshaftung in der neueren Rechtsprechung und Literatur, DÖV 1953 S. 289 ff.
- Haarmann*, Entscheidungsbesprechung MDR 1948 S. 148.
- Habscheid, Walther J.*, Zum Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954 S. 689 ff.
- Haffner, Ernst*, Sind feststellende Verwaltungsakte mit Artikel 92 des Grundgesetzes vereinbar? Erlanger Dissertation 1954 (Maschinenschrift).
- Hauelsen*, Die Feststellungsklagen im Verwaltungsprozeß, NJW 1952 S. 913 ff.
- Öffentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozeß, NJW 1953 S. 121 ff.
- Hatschek, Julius*, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. 8. Auflage, Leipzig 1931, besorgt von Paul Kurtzig.
- Heckel, Hans*, Kleiner Verwaltungskatechismus, DÖV 1954 S. 336 f.
- Hefermehl*, in: Erman, Handkommentar zum BGB, Münster 1952.
- Heidenhain, Martin Eberhard*, Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, NJW 1949 S. 841 ff.
- Zur Amtshaftung in der Bundesrepublik, NJW 1952 S. 604 ff.
- Heim, F. F.*, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, München 1912.
- Helfritz, Hans*, Verwaltungsrecht, Hannover 1949.
- Hellwig, Konrad*, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.
- Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905.

- Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1907.
- System des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.
- Hemmrich, Hans*, Die Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen und der Verwaltungsakte, Kölner Dissertation 1929/30.
- Henrich, Walter*, Z. Theorie d. Rechtskraft. AöR Bd. 46 (N. F. Bd. 7) S. 329 ff.
- Hensel, Albert*, Steuerrecht, 3. Auflage, Berlin 1933.
- Herrnritt, Rudolf-Hermann*, Grundlehren des Verwalt.-Rechts, Tübingen 1921.
- Österreichisches Verwaltungsrecht, Tübingen 1925.
- v. d. Heydt, Friedrich August*, Richterfunktion und „Richtergesetz“, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 493 ff.
- v. Hippel, Ernst*, Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, Berlin 1931 (Neudruck) (zit. Staatsakt).
- Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VVDStL Heft 5 S. 178 ff.
- Gewaltenteilung im modernen Staat, Koblenz 1948.
- v. Hippel, Robert*, Der Deutsche Strafprozeß, Marburg 1941.
- Hornig*, Entscheidungsbesprechung MDR 1949 S. 49.
- Huber, Ernst Rudolf*, Justiz und Verwaltung, DR 1935 S. 401 ff.
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1954.
- Hufnagel, Franz*, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Kommentar, Berlin 1950.
- Husen, Paulus van*, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, Stuttgart 1947 (zit. Kommentar).
- Die Entfesselung der dritten Gewalt, AöR Bd. 78 S. 49 ff.
- Gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit justizfreie Regierungsakte? DVBl 1953 S. 70 ff.
- Husserl, Gerhart*, Rechtskraft und Rechtsgeltung, Berlin 1925.
- Ipsen, Hans*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932.
- Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DV 1949 S. 486 ff.
- Jahrreiß, Hermann*, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, Tübingen 1950, S. 26 ff.
- Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung. Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2. S. 103 ff.
- v. Jhering, Rudolph*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 5. Auflage, Leipzig 1894, 2. Teil.
- Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage (von Walter Jellinek bearbeitet), Berlin 1922.
- Jellinek, Walter*, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung, Tübingen 1908.
- Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913.
- Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Festgabe zur Feier des 50jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, S. 84 (zit. OVG-Festgabe).
- Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrer-Tagung, VVDStL Heft 5 S. 210 ff.
- Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1931, Nachtrag 1950.
- Entscheidungsbesprechung DRZ 1948 S. 216.
- Jesch, Dietrich*, Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden, JZ 1954 S. 528 ff.
- Kägi, Oskar Werner*, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Züricher Dissertation 1937.
- Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945.
- Kaiser, H.*, Ist die Rechtskraft der Entscheidungen der Sozial- und Versorgungsgerichte nach Gegenstand, Umfang und Wirkungen anders zu beurteilen als die Rechtskraft der Entscheidungen der ordentlichen und Verwaltungsgerichte? Die Sozialversicherung 1953 S. 101 ff., 125 ff., 149 ff., 173 ff., 198 ff.

- Kamm, Walter*, Die materielle Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP Bd. 44 S. 84 ff.
- Kammer*, Entscheidungsbesprechung DVBl 1953 S. 612.
- Keidel, Fritz und Theodor*, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, 6. Auflage, München 1954.
- Kelsen, Hans*, Über Staatsunrecht, GrünhZ Bd. 40 (1914) S. 1 ff.
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Auflage, Tübingen 1923.
 - Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
 - Justiz und Verwaltung, Zeitschrift für Soziales Recht, Wien 1929 S. 80 ff.
- Kipp, Theodor*, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, Festschrift für Ferdinand Martitz, Berlin 1911, S. 211 ff.
- Kisch, Wilhelm*, Beiträge zur Urteilslehre, Tübingen 1903.
- Klein, Friedrich*, Zum Problem der materiellen Rechtskraft von Steuerverwaltungsakten, insbesondere von Steuerbescheiden, VerwArch Bd. 45 S. 49 ff.
- Steuerrecht und materielle Rechtskraft, FischersZ Bd. 77 S. 241 ff.
 - Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes, VVDSL Heft 8 S. 67 ff.
 - Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich, Stuttgart 1954 (Verwaltung und Wirtschaft Heft 11) (zit. Untersuchungen).
- Klein, Karl Heinz*, Entscheidungsbesprechung DÖV 1952 S. 285 f.
- Kleinfeller, Georg*, Der Gegenstand der Rechtskraft, Festschrift für Adolf Wach, Leipzig 1913, 2. Bd. S. 373 ff.
- Kleinrahm, Kurt*, Verfolgung privatrechtlicher Ansprüche im Verwaltungswege, DRZ 1947 S. 140 ff.
- Gesetzlosigkeit als Nichtigkeitsgrund, DV 1949 S. 365 ff.
 - Entscheidungsbesprechung MDR 1948 S. 109 ff.
- v. Köhler, Ludwig*, Grundlehren d. Deutschen Verwaltungsrechts, Stuttgart 1936.
- Kohler, Josef*, Aequitas gegen res judicata, AcP Bd. 114 S. 270 ff.
- Kormann, Karl*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910 (zit. System).
- Besprechung von Friedrich Steins „Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung“, AöR Bd. 30 S. 253 ff.
 - Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, JöR Bd. 7 S. 1 ff.
- Knoll, Ernst*, Die besonderen Gerichte, DÖV 1954 S. 232 ff., 263 ff.
- Kralik, Winfried*, Die Vorfrage im Verfahrensrecht, Wien 1953.
- Kreft, Antonius*, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Göttinger Dissertation, 1928.
- v. Kries, August*, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, Freiburg i. Br. 1892.
- Krückmann, Paul*, Die materielle Urteilswirkung, ZZP Bd. 46 S. 371 ff., Bd. 47 S. 1 ff.
- Zulässigkeit des Rechtswegs gegenüber öffentlich-rechtlichen Akten, LZ 1923 Sp. 593 ff.
- Krüger, Herbert*, Der Regierungsakt vor den Gerichten, DÖV 1950 S. 236 ff.
- Rechtsverordnung und Verwaltungsanweisung, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 211 ff.
- Krusch, Walter*, Das Wesen des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses unter Berücksichtigung des Zwangsvergleichs im Konkurse. Ein Beitrag zur Lehre von den Gestaltungsverfahren, Mannheim 1933.
- Küster, Otto*, Das Gewaltproblem im modernen Staat, AöR Bd. 75 S. 397 ff.
- Kugler, Robert*, Die Bindung des Strafrichters an Zivilurteile, Erlanger Dissertation 1954 (Maschinenschrift).
- Kunze-Kautz*, Die Rechtsgrundsätze des königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts, Berlin.

- Kuttner, Georg*, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile, München 1908 (zit. Nebenwirkungen).
- Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, München 1914 (zit. Urteilswirkungen).
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Auflage, Tübingen 1901
- Laforet, Wilhelm*, Die Scheidung der Gewalten nach dem Bonner Grundgesetz, in: Gegenwartsprobleme des Rechts, Schriften der Görres Gesellschaft N. F. Heft 1, Paderborn 1950, S. 53 ff.
- Landmann-Rohmer*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 10. Auflage, neubearbeitet von Eyermann und Fröhler, München 1952.
- Lassar, Gerhard*, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921.
- Lauterbach, Wolfgang*, in: Palandt, BGB, 14. Auflage, München 1955.
- Layer, Max*, Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, VVDStL Heft 5 S. 124 ff.
- Lent, Friedrich*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Auflage, München 1954.
- Lerche, Peter*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin 1953.
- Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte, DÖV 1954 S. 712 ff.
- Loening, Edgar*, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, VerwArch Bd. 7 S. 20 ff.
- Loening, Hellmuth*, Regierungsakt und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl 1951 S. 233 ff.
- Loppuch*, Die Amtshaftungsklage wegen fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1952 S. 1037 ff.
- Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt, NJW 1953 S. 1126 ff.
 - Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben? NJW 1953 S. 1578 f.
- v. Mangoldt, Hermann*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1953.
- Maßmann, W.*, Die öffentlichrechtliche Vorfrage im bürgerlichen Rechtsstreit, FischersZ Bd. 66 S. 129 ff.
- Mayer, Otto*, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungs-sachen, AöR Bd. 21 S. 1 ff.
- Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München 1924.
- Meiss, Wilhelm*, Die Beschlagnahme von Wohnungen und Hausrat durch die Gemeinden und ihre Nachprüfung durch die Gerichte, SJZ 1947 Sp. 82 ff.
- Zur Frage des Rechtswegs und der richterlichen Kontrolle von Verwaltungsakten, insbesondere in der Wohnungszwangswirtschaft, MDR 1947 S. 222 ff.
 - Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953.
 - Entscheidungsbesprechung SJZ 1950 Sp. 203 ff.
- Mendelssohn-Bartholdy, Albrecht*, Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900.
- Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches, Festschrift für Franz Klein, Wien 1914, S. 147 ff.
 - Entscheidungsbesprechung DJZ 1910 Sp. 190.
- Menger, Christian-Friedrich*, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954 (zit. System).
- Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungstreitsachen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 347 ff.
 - Zum staatlichen Rechtsschutz gegenüber kirchlichen Rechtshandlungen, MDR 1955 S. 512 ff.
- Merkl, Adolf*, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig 1923.
- Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927 (zit. Verwaltungsrecht).

- Meyer, Georg*, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 4. Auflage, bearbeitet von Franz Dochow, München 1913.
- Mirbt, Hermann*, Grundriß des deutschen u. preuß. Steuerrechts, Leipzig 1926.
- v. Mohl, Robert*, Geschichte und Literatur der Staatswissensch., Erlangen 1855.
- Müller, Friedrich*, Die Feststellungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, ZMR 1952 S. 226 ff.
- Naumann, Richard*, Verwaltungszwang als verbotene Eigenmacht, DVBl 1950 S. 133 ff.
- Rechtsweg, Gerichtsweg und Kompetenzkonflikt, JZ 1951 S. 204 ff.
 - Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953.
 - Entscheidungsbesprechungen DV 1948 S. 41; DV 1949 S. 187 ff.; DVBl 1950 S. 211.
- Nawiasky, Hans*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1950.
- Nebinger, Robert*, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949.
- Niederreuther*, Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit im Lichte der Strafverfahrenserneuerung, Der Gerichtssaal Bd. 113 S. 305 ff.
- Niemann, Engelhardt*, Grenzen der Rechtskraft im Steuerrecht, VerwArch Bd. 40 S. 135 ff.
- Niese, Werner*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950.
- Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß, JZ 1952 S. 353 ff.
- Nipperdey, Hans Carl*, in: Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3.—5. Auflage, Mannheim 1932, 2. Bd.
- Entscheidungsbesprechung Bensheimer Sammlung 5, 259 ff.
- Oppelt, Wilhelm*, Das Personenbeförderungsrecht, 3. Auflage, Bielefeld 1952.
- Oppermann, Hans*, Verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage zur Vorbereitung eines Zivilprozesses, NJW 1953 S. 1819 ff.
- Pagenstecher, Max*, Nochmals: Die praktische Bedeutung des Streites über die Rechtskraft, RheinZ 1914 (6. Jahrgang) S. 489 ff.
- Peter, Karl*, Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen, AcP Bd. 132 S. 1 ff.
- Peters, Hans*, Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949.
- Peters, Karl*, Strafprozeß, Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952.
- Pohle, Rudolf*, Entscheidungsbesprechung, Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen Bd. 3 (1953) S. 335 ff.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., besorgt v. E. Wolf, Stuttgart 1950.
- Redeker, K.*, Die notwendige Beiladung im Aussetzungsverfahren, DVBl 1954 S. 419 ff.
- Reichel, Hans*, Ausländerscheidung, AcP Bd. 124 S. 200 ff.
- Reuß, Hermann*, Der Verwaltungsakt und seine Begründung, DVBl 1954 S. 593 ff.
- Richter, E.*, Wann können die ordentlichen Gerichte Verwaltungsakte aufheben? NJW 1953 S. 1579 f.
- Ridder, Hellmuth K. J.*, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. 1 S. 91 ff.
- Rosenberg, Leo*, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Auflage, München 1954 (zit. Lehrbuch).
- Die Beweislast, 3. Auflage, München 1953.
- Sauer, Wilhelm*, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Auflage, Stuttgart 1929.
- Allgemeine Prozeßrechtslehre, Berlin 1951.
- Schanze*, Die Rechtskraft des Strafurteils, Zeitschrift für das gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 4 S. 437 ff.
- Schelcher, Walter*, Justiz und Verwaltung, Ergänzungsheft zu FischersZ Bd. 50.

- Scheuner, Ulrich*, Der Bereich der Regierung, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 253 ff.
- Schimmelpfennig, Martin*, Die Zuständigkeitsgrenze zwischen Verwaltungsgerichten und ordentlichen Gerichten unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten behördlichen Willkürakte, Erlanger Dissertation, 1951.
- Schlegelberger, Franz*, Gesetz über Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Auflage, Köln 1952.
- Schmidt, Hans*, Bindung des Zivilrichters an Vorentscheidungen anderer Gerichte und Behörden, Berlin 1927.
- Schmidt, Richard*, Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906.
- Schneider, Hans*, Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer verfassungsrechtlichen Bedeutung, DV 1949 S. 142 ff.
- Gerichtsfreie Hoheitsakte, Tübingen 1951.
- Schoen, Xaver*, Zeit- und Streitfragen zum Verwaltungsprozeß, DÖV 1951 S. 393 ff.
- Grenzen zwischen Zivil- und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1953 S. 677 ff.; 713 ff.
- Schönke, Adolf*, Die Rechtsprechung zum Zivilprozeßrecht seit dem Jahre 1946, DRZ 1949 S. 438 f.
- Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold 1950.
- Strafgesetzbuch, 7. Auflage, neu bearb. v. *Horst Schröder*, München 1954.
- Schultzenstein*, Die Rechtskraft der Entscheidungen der Verwaltungsbehörden, Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags, Bd. 1 S. 86 ff.
- Schulz, H. F.*, Entscheidungsbesprechung NJW 1951 S. 645 f.
- Schwab, Karl Heinz*, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, München 1954.
- Seckel, Emil*, Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts, Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903, S. 205 ff.
- Seuffert-Walsmann*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, München 1932.
- Siebert, Wolfgang*, in: Soergel, BGB nebst Einführungsgesetz, Kommentar, 8. Auflage, Stuttgart 1953 (zit. Soergel) Einleitung zum 1. Band.
- Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 215 ff.
- Sieveking, Friedrich*, Entscheidungsbesprechung MDR 1952 S. 174.
- Smend, Rudolf*, Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928.
- Spanner, Hans*, Die Bindung der Gerichte an rechtskräftige Verwaltungsakte, Juristische Blätter, Wien, 1952 S. 360 ff.
- Stahl, Friedrich Julius*, Philosophie des Rechts, 5. Auflage, Tübingen 1878.
- Stein, Friedrich*, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Tübingen 1912 (zit. Grenzen und Beziehungen).
- Grundriß des Zivilprozeßrechts, Tübingen 1921.
- Stein-Jonas*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Auflage, Tübingen 1953, bearbeitet von *Adolf Schönke* und *Rudolf Pohle*.
- Strauß, Walther*, Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz, SJZ 1949 Sp. 523 ff.
- Sydow-Busch*, Handkommentar zu ZPO und GVG, 21. Auflage, Berlin 1935.
- Tezner, Friedrich*, Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 19 S. 128 ff., 442 ff., Bd. 20. S. 102 ff.
- Thoma, Richard*, Die Funktionen der Staatsgewalt, Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Anschütz-Thoma) Tübingen 1932, Bd. 2 S. 108 ff.
- Das System der subjektiv-öffentlichen Rechte und Pflichten, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2 S. 607 ff.
- Tiedau, Erwin*, Streitgegenstand und Zulässigkeit des Rechtswegs, ZZP Bd. 64 S. 204 ff.
- Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, ZZP Bd. 64 S. 407 ff.
- Zum Verbleib d. Amtshaftungsklage im Zivilrechtsweg, JR 1952 S. 263 ff.
- Die Nachprüfung v. Verwaltungsakten im Zivilprozeß, MDR 1954 S. 267 ff.

- Tietgen*, Entscheidungsbesprechung DVBl 1955 S. 323.
- Triepel, Heinrich*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStL Heft 5 S. 1 ff.
- v. Tuhr, Andreas*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1914.
- v. Turegg, Kurt Egon*, Feststellungswirkung und Rechtskraft, JR 1950 S. 432 ff.
- Gerichte, NJW 1953 S. 1201 ff.
- Lehrbuch des Verwalt.-Rechts, 2. Aufl., Berlin 1954 (zit. Verwalt.-Recht).
- Ule, Carl-Hermann*, Verwaltungsgerichtsbarkeit u. Justiz, ZJB1BrZ 1949 S. 61 ff.
- Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit und das Verhältnis von Justiz und Verwaltung, 10. Beiheft zur DRZ, 1949.
- Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Tübingen 1950.
- Das Bonner Grundgesetz und die Justiz, DRiZ 1950 S. 225 ff.
- Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der Generalklausel, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 S. 260 ff.
- Gerichtlicher Rechtsschutz im Beamtenrecht, Berlin 1951.
- Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Kommentar, Berlin 1952.
- Zum Verhältnis von Zivilprozeß und Verwaltungsprozeß, DVBl 1954 S. 137 ff.
- Entscheidungsbesprechung DVBl 1951 S. 412.
- Vahlbruch, Günther*, Bindung des Richters an Verwaltungsakte, Tübinger Dissertation, 1937.
- Wach, Adolf*, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885.
- Vorträge über die Reichs-Civilprozeßordnung, Leipzig 1896.
- Zur Lehre von der Rechtskraft, Drei Rechtsgutachten von A. Wach und P. Laband, Leipzig 1899.
- Walsmann, Hans*, Prozeßzweck und Verfahren im Zivilprozeß, RheinZ 1923 (12. Jahrgang) S. 414 ff.
- Walz, Gustav Adolf*, Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre Felix Kaufmanns, Stuttgart 1928.
- Walz, Ernst*, Entscheidungsbesprechung JZ 1952 S. 223 ff.
- Weber, Werner*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951.
- Entscheidungsbesprechung NJW 1955 S. 725.
- Werner, Fritz*, Die jüngere Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Zulässigkeit des Rechtswegs, VerwArch Bd. 43 S. 47 ff.
- Zum 200jährigen Gedenken an Montesquieu „Geist der Gesetze“ DV 1948 S. 129 ff.
- Entscheidungsbesprechung DV 1949 S. 108; S. 685.
- Viethaup*, Die Rechtsstellung der Stadtbeschlüssausschüsse in der britischen Zone in Theorie und Praxis, DVBl 1951 S. 621 ff.
- Wimmer, August*, Kann man heute noch Rechtspositivist sein? ArchRuSozPh 1952 S. 272 ff.
- Wolff, Hans J.*, Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten, MDR 1951 S. 523 ff.
- Die Rechtsstellung der Beschlüssausschüsse in Nordrhein-Westfalen, Festschrift für Karl Anold, Köln 1955, S. 291 ff.
- Entscheidungsbesprechung MDR 1950, S. 632.
- Wurzer, Gustav*, Die Rechtskraft, eine Idee im Dienst des Rechts, Mannh. 1923.
- Zepos, Pan J.*, Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht, ArchRu-SozPh Bd. 27 S. 480 ff.
- Zinn, G. A.*, Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, Verhandlungen des 37. Deutschen Juristentages, S. 46 ff.
- Zitelmann, Ernst*, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
- Zschacke*, Die Begründung des Verwaltungsaktes und ihre Bedeutung im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1954 S. 413.

Von Wesen und Wert des Richterrechts

Eine rechtsanalytische und -kritische Studie

von

Dr. Günther Less

Oberlandesgerichtsrat und Privatdozent

112 S. 8°. 1954. Preis kart. DM 6,—

Pressestimmen:

„Die Abhandlung von Leß, eine Erlanger Habilitationsschrift, ist weniger eine Habilitationsschrift im überlieferten Sinne als eine Bekenntnisschrift für das Richterrecht. Aus einer anerkennenswerten Grundhaltung heraus setzt sich der Verf. mit Wärme für die offene Anerkennung der freien Stellung des Richters gegenüber dem Gesetz ein. Er verfißt die Forderung, daß der Richter nicht nur Lücken ausfüllen, sondern auch gegen das Gesetz entscheiden kann, wenn dieses im Einzelfall sowohl das Rechtsgefühl des Richters verletzen als auch das der Allgemeinheit empören würde. Sein Ergebnis deckt sich also mit dem der Freirechtsschule in ihrer schärfsten Ausprägung. Er stützt seine Forderung vor allem auf das Gerechtigkeitsverlangen des Deutschen, auf die Notwendigkeit einer Abwehr des Verwaltungsstaates und auf das Sinken des Wertes der Gesetze, die nicht immer den Gesamtwillen des Volkes, sondern auch die Ziele von Interessenten verwirklichen.

Mit Recht betont der Verf., daß in dem Bereiche des Zivilrechts sich die Bindung des Richters an das Gesetz immer mehr gelockert hat. Seine Forderung ergreift jedoch auch das Strafrecht, in dem er den Freispruch gegen das Gesetz fordert.

Daß die Starrheit unserer traditionellen Rechtsquellenlehre mehr justizpolitische Forderung als rechtstatsächliche Wirklichkeit ist, ist jedem Unvoreingenommenen bekannt; sie besitzt jedoch den praktischen Vorzug, mit der geforderten Bindung des Richters allein an das Gesetzes- und Gewohnheitsrecht im Einzelfalle die Lösung des Richters vom Gesetz zu erschweren und seine Freiheit von der Vorentscheidung zu stärken. Die Schwierigkeiten dieser Fragen können in einer kurzen Abhandlung nicht gelöst werden. Dennoch aber ist es verdienstlich, in der Gegenwart erneut die Prüfung anzuregen, ob, nach der Entwicklung der letzten 40 Jahre, man die traditionelle Rechtsquellenlehre aufgeben und dem Richter das offen zubilligen kann, was man bisher stillschweigend duldete.“

Neue Juristische Wochenschrift 1956 H. 21

„... Mit diesen wenigen Bemerkungen kann auf den reichen Inhalt dieser anregenden Schrift nur hingewiesen werden. Jeder Richter, der sich über die theoretischen Grundlagen seiner Arbeit Klarheit verschaffen möchte, auch der Verwaltungsrichter, sollte sie lesen. Er wird sie, auch wenn er dem Verfasser in seiner Grundhaltung und in einzelnen Folgerungen nicht beitreten kann, nicht ohne Gewinn aus der Hand legen.“

Deutsches Verwaltungsblatt Jg. 69 Nr. 15

„... Die Lektüre ist vor allem deswegen erfreulich, weil ein farbiger kulturphilosophischer und literarischer Untergrund ausgebreitet wird. Der Verfasser bedient sich weithin nicht der Fachsprache, sondern einer anschaulichen, volkstümlichen Redeweise. Belege und wissenschaftlicher Apparat sind sparsam angeführt, entstammen aber weiten Bereichen. Insgesamt ist diese Arbeit eine anregende Untersuchung, die sich noch mehr an die emotinonellen als an die rationellen Potenzen wendet.“

Goldammer's Archiv für Strafrecht 1955 H. 1